

APPROFONDIMENTI

FRANCESCO FORZATI

Il diritto penale dell'obbedienza fra fondamento etico-religioso dell'offesa e funzione potestativa della pena

SOMMARIO: 1. Il *crimen* come *peccatum*: la costruzione etico-immateriale della *iniuria* nel sistema penale teocratico del XVI secolo: la *Constitutio Criminalis Carolina* di Carlo V e la bolla *Licet ab initio* di Paolo III. - 2. Il *crimen* come *sacrilegium*: l'*ordo iuris* monarchico-imperiale fra sacralizzazione del *Princeps* ed eticizzazione dell'offesa. Indeterminatezza del concetto di *iniuria* e mancata distinzione fra danno e pericolo nel diritto penale del XVI secolo. - 3. Il diritto penale dell'obbedienza etico-religiosa e della inoffensività empirico-materiale: *inobedientia*, *rebellio* e *crimina* senza *iniuria*. I *crimina enormia*: reati senza offesa e senza vittima - 4. Il *crimen* come *culpa sine actu*. Processo inquisitorio e *poena sine utilitate*: il processo penale strumento di *veritas*. Dematerializzazione della *iniuria*, diritto penale dell'obbedienza e funzione potestativa della pena. - 5. Il *crimen laesae maiestatis humanae et divinae*. - 6. La *iniuria* nel giusnaturalismo teocratico del XVII secolo: la tutela dell'*ordo religionis* e della *maiestas divina* in *Benedikt Carpzov*. - 6.1 Il *crimen fra peccatum et sacrilegium* nella dottrina carpzoviana. *Crimina extraordinaria* e *delicta excepta*. - 7. Dal giusnaturalismo teocratico al giusnaturalismo laico: le origini della costruzione empirico-utilitarista della *iniuria* 7.1- Lo *ius puniendi* del XVII secolo fra prove tecniche di secolarizzazione e funzione potestativa della pena - 8. La separazione fra *crimen et peccatum* nel giusnaturalismo laico di Ugo Grozio. La costruzione di una *iniuria* differenziata: danno e pericolo. - 8.1 la destrutturazione della componente etico-religiosa dell'offesa all'interno dell'impianto potestativo dello *ius puniendi* seicentesco. - 9. Le origini dell'utilitarismo penale nel contrattualismo di Samuel Pufendorf: aspetti compromissori e rilievi critici. Il *summum imperium* e la *inaequalitas* come elementi ostativi ad una valenza sociale dello *ius puniendi* pufendorfiano. - 9.1 La offesa penale nella costruzione pufendorfiana: dalla prevenzione della disobbedienza alla *precautio laesionum*. - 10. Utilitarismo e contrattualismo fra giusnaturalismo laico e giuspositivismo illuminista: il "paradosso hobbesiano" - 11. Introduzione agli indirizzi teleologici ed alle fondamenta dommatico-garantiste dell'offesa nel penale illuminista: diritto di cittadinanza e fondamento assiologico esterno dello *ius puniendi*. Alle origini della materialità e dell'offensività dello Stato di diritto. - 12. Brevi cenni conclusivi.

1. Il *crimen* come *peccatum*: la costruzione etico-immateriale dell'iniuria nel sistema penale teocratico del XVI secolo: la *Constitutio Criminalis Carolina* di Carlo V del 1532 e la bolla *Licet ab initio* di Paolo III del 1542

Incanalato dal "dogma della derivazione divina dello stato e del suo ordinamento" verso una costruzione teologica del reato e della pena¹, lo *ius puniendi*

¹ L'impianto teologico del diritto penale pre-moderno trarrà origine dallo *ius puniendi* d'estrazione canonista che si svilupperà sin dall'XI secolo, unitamente al diritto feudale e (poco) prima dello sviluppo del penale negoziato comunale, sulla scorta delle costituzioni e dei canoni dei concili generali. Retto da una concezione teocratica della giustizia penale, il diritto canonico avallerà l'incursione della giurisdizione papale nelle vicende temporali e l'uso politico del diritto penale, quale strumento di affermazione della *plenitudo potestatis* del Sommo pontefice (rispetto ad Impero e monarchia). Il penale teologico sovrapporrà *crimen et peccatum*, già sulla scorta della decretale "*Novit ille*" di Innocenzo III del 1204

dell'Europa continentale fra il XVI ed il XVII secolo, si conformò alla “verità trascendente e divina, frutto di rivelazione”, affidandole “una funzione epistemica” che ridusse ad atto fideistico² qualsiasi criterio “gnoseologico, oltre che comportamentale”³: al giudizio penale non sarà richiesto di valutare

che - partendo dall'assunto del “*non intendimus iudicare de feudo, sed decernere de peccato*” - rivendicò “il diritto ed il dovere del papa a correggere ed a punire con pene ecclesiastiche qualsiasi peccato mortale”: “*Nullus enim qui sit sane mentis ignorat quin ad officium nostrum spectet de quocumque mortali peccato corripere quemlibet christianum et si correctionem contempserit ipsum per districtiorem ecclesiasticam coercere*”. Successivamente il principio “*Rei publicae interest, ne delicta remaneant impunita*” - alla base della costruzione del penale egemonico d'estrazione pubblicistica - fu contenuto in altre due decretali di Innocenzo III, la *Inauditum* nel 1199 e la *Ut famae* nel 1203. Elaborato dal diritto canonico, il principio del “*Rei publicae interest*” sarà alla base della destrutturazione del sistema conciliativo e pattizio della giustizia penale comunale. Sul punto vedi MACCARONE, *Innocenzo III e la feudalità: non ratione feudi, sed occasione peccati*, in *Structures féodales et féodalisme dans l'Occident méditerranéen (Xe-XIIIe siècles). Bilan et perspectives de recherches. Actes du Colloque de Rome* (10-13 octobre 1978), *Publications de l'École française de Rome*, Roma 1980, 467 ss., 489 ss.; BRUNNER, *Feudalesimo* (1958), in *Per una nuova costituzionale e sociale*, Milano, 1970, 75 e ss., 201. MARAVALL, *Del regimen feudal al regimen corporativo*, in *Estudios de Historia del pensamiento español*, Madrid, 1967, 20 ss. Per una visione d'insieme del giusnaturalismo teocratico carpozoviano ed un raffronto con il giusnaturalismo laico groziano vedi MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1988, 23 cui si rimanda per ogni approfondimento.

² L'atto di fede, assunto all'interno delle dinamiche dell'imputazione penale e dei criteri di accertamento del fatto propri del processo penale, orienta la funzione della pena verso un'idea etico-retributiva che, declinata sulla colpa etico-morale piuttosto che sulla responsabilità per il fatto materiale, è evidentemente espriativa. Viene da chiedersi se questa impostazione che, attribuisce alla giustizia penale una funzione salvifica ed al processo penale lo scopo di ricercare la *veritas*, sia stata del tutto superata all'indomani della secolarizzazione penale. Sul punto vedi fra tutti, EUSEBI, *Cristianesimo e retribuzione penale*, in *Riv.it.dir. proc. pen.*, 1987, 275 ss.; NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen, 1962, 32 ss.; SOLARI, *Kant e la dottrina penale della retribuzione*, in *Riv. di filosofia*, 1929, 33 ss. Sul rapporto fra laicità e diritto penale vedi fra gli altri CADOPPI, *Presentazione. Principio del danno (harm principle) e limiti del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di Cadoppi, Milano, 2010, VII ss.; CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino 2012, 8 ss.; CANESTRARI-STORTONI, *Documento introduttivo*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di Canestrari-Stortoni, Bologna 2009, 7 ss.; COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del 'sacro'*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, cit., p. 101 ss., 115 ss.; DOLCINI, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, 1017 ss.; FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Nuvoletti*, I, Milano 1991, 165 ss.; MANTOVANI, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Dell'Andro*, I, Bari 1994, 519 ss.; ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1981, 477 ss.; PULITANO, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, 55 ss.; STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in *Laicità. Problemi e prospettive. Atti del XLVII corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica*, Milano, 1977, 316 ss. Vedi anche *Laicità, valori e diritto penale. Atti del Convegno Santa Maria Capua Vetere*, a cura di Balbi-Esposito, Torino 2011, 9 ss.

³ Già lo *ius puniendi* monarchico del XV secolo travalicherà i confini giuridici ed ammanterà la sua funzione di motivi trascendentali, traendo la sua legittimazione dal carattere taumaturgico e sovraumano del *Rex-Imperator-divinus*. Sul punto vedi diffusamente BLOCH, *Les rois thaumaturges. Étude sur le caractère surnaturel attribué à la puissance royale particulièrement en France et en Angleterre*, (trad. it.)

l'(esteriorità dell') atto, quanto di scandagliare l'anima dei sudditi, guardando alla interiorità più riposta⁴, quella non manifesta nelle azioni, ma riconducibile al piano dei pensieri e delle intenzioni⁵.

Nel XVI secolo la radicalizzazione delle componenti preventive dello *ius puniendi* si salderà ad un penale ancora non secolarizzato⁶, permeato da un'idea metafisica di diritto⁷ e fermo alla bipartizione fra *poenae divinae* e *poenae humanae*⁸, tese rispettivamente a supportare il carattere espiatorio-retributivo del peccato-reato ovvero l'*emendatio* del reo⁹.

I re taumaturghi. Studi sul carattere sovranaturale attribuito alla potenza dei re particolarmente in Francia e in Inghilterra, Torino, 1961, 35 ss., 65 ss.; ZELLER, *Les rois de France candidats a l'Empire. Essai sur l'idéologie impériale en France*, in *Revue Historique*, 1934, 257 ss.

⁴ Vedi per tutti CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1985, 415 ss, 457 ss.; MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Milano, 1970, 18 ss.

⁵ A partire dal XIV secolo *ordo* divino ed *ordo religionis* plasmeranno l'*ordo iuris* monarchico, allontanandolo dalla dimensione fattuale del diritto e dal reicentrismo penale nel XII e nel XIII secolo: la "potenza normativa dei fatti" che nel tardo medioevo aveva consentito alla "vitalità dei fenomeni materiali" di convertirsi in "immediata effettività giuridica", si trasformerà in imposizione normativa. Così CHIODI, *Profili antropologici introduttivi allo studio della "socialitas" nel seicento tedesco*, in *Il diritto naturale della socialità. Tradizioni antiche ed antropologia moderna nel XVII secolo*, a cura di Fiorillo-Vollhardt, Torino, 2004, 16.

⁶ Sulla concezione teocratica della pena e sulla sua progressiva laicizzazione vedi MOCCIA, *Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, cit., 7 ss. In una prospettiva filosofica e storica allargata vedi più in generale Kelsen, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in *Allgemeine Theorie der Normen* (trad. it.), *Teoria generale delle norme*, Torino, 1985, 420 ss.; SOLARI, *Kant e la dottrina penale della retribuzione*, cit, 38 ss.

⁷ Se la categoria del danno aveva rispecchiato il reicentrismo penale e la giustizia penale negoziata, tarata sulle categorie del *dominium* e del *dominus terrae*, non poté presidiare un potere fondato sull'investitura divina retto da *maiestas divina* ed *ordo religionis*. Sul punto sia consentito il rinvio a FORZATI, *Il sistema penale pre-moderno fra il pluralismo della giustizia negoziata ed il monismo della "iurisdictio" egemonica. Concentrazione del potere coercitivo e "protectio secundum imperium"*, in *Ind pen.*, 2, 2016, 635 ss.

⁸ Per un inquadramento della pena in funzione del "*quia peccatum*" o del "*ne peccetur*" vedi per tutti FERRAJOLI *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2008 (IX ed.), 239 ss. Sulla connotazione etica delle *poenae divinae* e sul loro rapporto con la tutela della *maiestas humana et divina* vedi SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 98 ss., 106 ss., 332, 346 ss. Va considerato che la distinzione fra *poenae divinae*, dal carattere espiatorio-retributivo, e *poenae humanae*, tese all'*emendatio* del reo, resse il passaggio dal giusnaturalismo teocratico al giusnaturalismo laico, sebbene i giusnaturalisti riformisti potenzieranno la rilevanza delle *poenae humanae*, funzionali all' *assecuratio* della società. Vedi al riguardo THOMASIIUS, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, (1688) rist. Aalen, 1963, lib.III, cap.VII, par. 28, 413. CATTANEO, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Milano, 1976, 21 ss.

⁹ In riferimento alle dottrine, teorie ed ideologie della pena dal tardo medioevo ad oggi vedi per tutti FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 314 ss. Sulla pena secolarizzata dall'illuminismo e sulla sua evoluzione, nonché sulla funzione della pena in rapporto ad una sistematica teleologica vedi MOCCIA, *Il diritto penale fra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 39 ss. Per una ricostruzione delle prospettive attuali, sulla funzione della pena vedi, fra gli altri, DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2013, 1167 e 1168. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi Marinucci*,

L'ambivalente identificazione fra *crimen et peccatum*¹⁰, portando a ritenere tanto i *crimina* “*prohibita quia peccata*”, che i peccati *crimina* “*quia prohibita*”¹¹, certificò la interdipendenza fra giustizia umana e quella divina ed il ruolo “dell'autorità terrena quale vicaria di quella celeste”¹². Il *crimen* assimilato al *peccatum* perse di materialità e di volontarietà: *delictum* fu ogni “*actus humanus malus*”¹³, “*genus generalissimum comprehendens omne peccatum voluntarium et involuntarium*”¹⁴.

Il “superbo pensiero di punir l'uomo per proteggere la divinità”¹⁵ ebbe il suo culmine nel 1542 con la bolla *Licet ab initio* di Paolo III che diede l'avvio alla Santa Inquisizione¹⁶, preceduta nel 1532 dalla *Constitutio Criminalis Carolina*

II, Milano, 2006, 1073 ss.; EUSEBI, *La pena in crisi*, Brescia, 1990, 145 ss.; MONACO, Prospettive dell'idea dello “scopo” nella teoria della pena, Napoli, 1984, 20 ss.; 221 ss.; PALIERO, *L'economia della pena (Un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1336 ss.; VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena* (1960), in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1997, 1372

¹⁰ Il tema della *distinctio* fra *crimen et peccatum*, si sovrappone alla differenza fra peccato e delitto. Si tratta forse dei temi più dibattuti dai giuristi e dai teologi del Cinquecento, anche perché all'interno della distinzione fra reato e peccato, la *divisio* fra *crimen et delictum* divise la dottrina. Sul punto vedi per tutti ALBERICO DA ROSATE, *Dictionarium iuris Civilis quam Canonici*, Venetiis, 1573 (rist. Torino, 1971), par. *Delictum*: “*est genus generalissimum [...] inter delictum et crimen est differentiam: nam delictum committitur sive cum animo sive non; crimen vero ex animo*”. In argomento vedi PRODI, *La sacralità del potere e la distinzione tra peccato e reato nella tradizione occidentale*, in *Daimon*, 4, 2004, 25 e ss. Da ultimo POLLORSI, *Recta ratione ductus: i Prolegomena al De Criminibus di Anton Matthaeus*, Pavia, 2015, 7 ss.

¹¹ Sulla identificazione medioevale e tardomedioevale fra reato e peccato vedi FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 369. Sulle costanti associazioni fra *crimen et peccatum* del giusnaturalismo teocratico di Benedikt Carpzov nella *Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium* del 1635 vedi MOCCIA, *Carpzov e Grozio*, cit., 12 ss., 16, 18, 22 ss.

¹² Così MOCCIA, *op.cit.*, p. 23.

¹³ La definizione è di CARPZOV, *Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*, 1635, Francofurti ad Moenum, 1758, I, 1.17, n. 3.

¹⁴ Questa definizione del *Tractatus criminalis* di Deciani, rientra all'interno della distinzione fra *delictum* e *crimen*: il *delictum* rappresenterebbe “*genus generalissimum comprehendens omne peccatum voluntarium et involuntarium*”, il *crimen* rientrerebbe di contro nel “*genus subalternum continens ea tantum delicta quae dolo sunt admixta, atque ideo voluntaria tantum*”. Così DECIANI, *Tractatus criminalis, Augustae Taurinorum*, 1593, I, VII, *De Delicto*, n.1. Per comprendere le contraddizioni dell'impianto penale etico-religioso di Deciani va considerato che nel capitolo *de peccatu* del *Tractatus*, egli pone una distinzione fra delitto e peccato (“*latoe significatione comprehendit omne, quod contra legem admissum est*” (ID., *Tractatus criminalis*, cit., I, II *De peccatu*, n. 1), per poi cambiare posizione, allorché - il secondo libro del *Tractatus criminalis* - è aperto dal capitolo *De origine delictorum*, che affronta la tematica del libero arbitrio e del peccato originale sulla base del pensiero di Agostino e Tommaso. Più avanti, nel capitolo VII, *De Delicto*, Deciani cerca di risalire all'origine etimologica del termine: “*Delictum a derelinquo verbo dictum testatur Festus, sicut et deliquium, quasi derelictum, delinquere nam finquit ipse/ est praetermittere quod non oportet preterire*” (ID., *Tractatus criminalis*, cit., I, VII, n. 1). Per approfondimenti vedi POLLORSI, *Recta ratione ductus*, cit., 7 ss.

¹⁵ Cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Prato, 1883, 415 § 3230.

¹⁶ Le origini della inquisizione risalgono al IX secolo allorché, all'interno del controllo delle parrocchie esercitato dalla gerarchia ecclesiastica, si affermò la procedura di *inquisitio* nelle *causae synodales*. Pras-

di Carlo V: “ciò che nel modello dell’inquisizione” fu “stile di condotta, nella Carolina” divenne “norma di legge”¹⁷.

Un sistema penale che traeva la sua legittimazione dall’*ordo* divino imponeva la minuziosa osservanza etica e morale della legge di Dio, ovvero *oboedientia*¹⁸ incondizionata a precetti muniti di valore sacrale¹⁹. Emblematica rappresentazione di un *ordo iuris* (costruito per tutelare la *potestas* monarchico-imperiale) sovrapposto all’*ordo religionis* (di competenza papale)²⁰, *Constitutio Criminalis Carolina* e *Licet ab initio* saranno alla base della costruzione teocratica e potestativa²¹ dello *ius puniendi* cinquecentesco che spianerà “la

si che consentì al vescovo di agire *ex officio*, senza cioè dipendere dalle accuse dei testi, nei casi di delitto manifesto o *notorium*, di pubblica fama contro l'imputato o di semplice denuncia privata. La finalità di un controllo capillare dell'ortodossia religiosa dei fedeli e lo sforzo di fare applicare uniformemente in tutta la cristianità l'ordinamento giuridico canonico, condusse la Chiesa ad attribuire ai propri giudici poteri ispettivi sempre più penetranti. Dall'alto medioevo sino alla costituzione dell'Inquisizione romana nel 1542, i pontefici e i canonisti costruirono progressivamente una forma di giudizio in cui erano presenti profili della tradizione germanica come il giuramento purgatorio, aspetti dell'inchiesta franco-carolingia ed elementi recuperati dal diritto romano come l'attenzione ai documenti e alle testimonianze. Sul punto vedi fra gli altri SBRICCOLI, *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, I, Milano, 2009, 139 ss. e 142 ss.; DEZZA, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, 1989, 106 e ss.

¹⁷ Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2005, 166.

¹⁸ Il termine *obedientia* nel periodo tardomedievale viene adoperato anche nella forma latinizzata “*oboedentia*”, sebbene meno utilizzata dai giuristi dell'epoca. Sul punto vedi SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 117 nota 1, 115 ss., 134 ss., 224 ss., 276 ss. cui si rimanda per i necessari approfondimenti.

¹⁹ L'*ordo* divino tardomedievale è “forma ordinatrice, che non si cura dei contenuti ma solo funziona nella sua regolarità produttiva”. Così IRTI, *In dialogo su «Nichilismo giuridico»*, in *Riv. Int. fil. dir.*, 2 (2006), 181. Vedi sul punto NATALINI, “*Bonus Iudex*”. *Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna*, Trento, 2016, 101.

²⁰ L'*ordo* tardomedievale, che si riproporrà nel XVI e nel XVII secolo, è frutto insieme della soggezione e della coazione, all'interno della quale il potere sovrano – temporale e religioso – è l'elemento ordinante della *moltitudo*: tutto “il sistema è una razionalizzazione della coazione”. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, 1969, 366, 367.

²¹ Da strumento di contenimento del conflitto feudale e di pacificazione sociale, a supporto dei valori etico-religiosi della *pax et concordia christiana*, il penale già fra il XIV ed il XV secolo trasformò la sua *ratio essendi*, rendendosi strumento di assoggettamento e di dominio. Già agli inizi del XIV secolo in Francia la giurisdizione criminale monarchica, costruita come apparato al servizio del re, andò “costruendo un centro di attrazione monopolistico del potere”, piegando alle esigenze di dominio monarchico la giustizia penale: a partire da quel momento la pena perderà nell'Europa continentale la sua valenza pragmatica di ristabilimento dell'*ordo* naturale e della *pax* comunitaria, per assumere elementi simbolici di legittimazione e validazione della *potestas*. Cfr. SCHIERA, *Introduzione a BRUNNER, Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, cit., XXX. Sia consentito di rinviare pure a FORZATI, *Il sistema penale pre-moderno fra il pluralismo della giustizia negoziata ed il monismo della iurisdictio egemonica*, cit., 637 ss., 656 ss.

strada alla logica della prevenzione col suo corteo di sospetti e pregiudizi”²². Se l’inquisitore fu “in primo luogo il giudice delle *intentiones* e della *conscientia*”, il suo omologo ordinario avrebbe dovuto privilegiare “la ricerca di azioni e di fatti”²³: in realtà legge divina e legge umana trovarono nel XVI secolo un punto di convergenza nella criminalizzazione dell’infrazione etico-morale. Ciò si tradusse tanto “nella persecuzione dell’eterodossia religiosa”, quanto nella criminalizzazione della inosservanza di obblighi ritagliati sull’idea di obbedienza, devozione e fedeltà al *Rex-imperator*²⁴. Nella misura in cui allargò il suo spettro di incidenza alla vita quotidiana, condizionando condotte ed usi sociali della *communitas christiana*, il penale cinquecentesco andò oltre l’amministrazione della giustizia, trasformandosi in strumento di disciplinamento ed omologazione dei comportamenti²⁵. Vettore del conformismo politico-culturale ed etico-religioso di una popolazione da dirigere e controllare, piuttosto che da proteggere e tutelare, lo *ius puniendi* del XVI secolo fu retto da una pena orientata in senso potestativo²⁶. Sottratta all’utilità ed ai bisogni effettivi della comunità, la pena si tramutò in mero esercizio (e manifestazione) di *potestas*, esacerbando i suoi caratteri coercitivi e belligeranti²⁷, unitamente al potenziamento della componente eti-

²² Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit. 181.

²³ Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 166.

²⁴ Vedi sul punto SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 224 ss., 242, 253 ss.

²⁵ Il tema della “disciplina, nella sua duplice funzione di attitudine all’obbedienza da parte del soggetto e di capacità di esercitare il comando da parte dell’autorità” è alla base della costruzione del sistema penale potestativo. Sul punto cfr. SBRICCOLI, *La storia, il diritto, la prigione. Appunti per una discussione sull’opera di Michel Foucault*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, I, Milano, 2009, 1091.

²⁶ Sul concetto di giustizia potestativa e sulla distinzione fra carattere ordinativo e potestativo del diritto vedi per tutti Cfr. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, 14 e 15. Se ancora oggi la “spiegazione della pena è fondamentalmente politica, a differenza della teoria del reato, che presenta una razionalità costruttiva più coerente e indipendente”, nel penale pre-moderno la pena fu manifestazione di *potestas* ed esercizio di dominio, piegando la costruzione del reato ad esigenze puramente potestative. La parte virgolettata è di DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1167 e 1168.

²⁷ Il penale nel XVI secolo massimizzerà i tratti coercitivi e coattivi del penale d’estrazione monarchica, assumendo la conformazione di una pena costruita *ad modum belli*. Il “*bellum iudiciale*” riceverà i contenuti etico-religiosi della dottrina del “*bellum justum*” di Francisco de Vitoria (1483-1546) che legitimerà l’atto di guerra (e di violenza), qualora giusto. Il “*bellum justum*” è “atto insieme conflittuale e giuridico” che mira a tutelare l’integrità etico-morale della *communitas christiana*. Le componenti etico-religiose del penale d’estrazione canonica si salderanno in tal senso, all’idea violenta e belligerante della giustizia penale nella dottrina del “*bellum justum*”. Va peraltro evidenziato che questa dottrina nasce con finalità politico-religiose, intendendo legittimare le guerre di conquista del Nuovo Mondo del XVI e le guerre esterne della cristianità minacciata dall’espansione dell’impero ottomano. Sul punto cfr. DE VITORIA, *De iure belli*, Roma-Bari, 2005, 33 ss. L’argomento della guerra giusta è stato recentemente ripreso ed attualizzato in chiave penale in modo magistrale da EUSEBI, *Visioni della giustizia e giustificazioni della guerra*, in *Ha ancora senso parlare di guerra giusta? Le recenti elaborazioni della teologia*

co-espiativa²⁸.

Il carattere pervasivo ed intrusivo nel sociale che assunse lo *ius puniendi* cinquecentesco²⁹, rompe l'impianto scarno ed essenziale del penale reicentrico d'estrazione feudale e comunale³⁰, sistema avulso dalla politica³¹ che aveva mostrato "un carattere assai più ordinativo che potestativo", segnalando "una genesi dal basso ed una rispettosa considerazione della realtà oggettiva"³².

morale, a cura di Bresciani-Eusebi, Bologna, 2010, 109 ss.

²⁸ Il *bellum iudiciale* intrecciato al *bellum justum*, evidenzierà due temi fondamentali della giustizia penale del XVI e del XVII secolo: il crescente impatto sociale e la progressiva eticizzazione della *iniuria*, derivante dall'intreccio strettissimo fra diritto penale e dottrina canonista. Per favorire le finalità etico-religiose, il penale cinquecentesco e seicentesco si nutrirà del "linguaggio impiegato dalle fonti narrative medioevali, in gran parte opera di religiosi", incline a mischiare il piano etico con il piano penale. Queste due componenti confluiranno nel "*bellum iudiciale*" che combatterà un tipo-criminale che è anzitutto un tipo-sociale: descritto come brigante, bandito, eretico, esso rappresenterà "colui che è in torto" secondo l'ordine e la morale comune. Il criminale tenderà perciò a sovrapporsi al nemico della comunità inteso come disubbidiente, ribelle, inosservante. Vedi al riguardo PADOVANI, *Il nemico politico e il suo delitto*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, (a cura di Gamberini-Orlandi, Bologna 2007, 74.

²⁹ Esasperando le componenti coercitive e violente, nonché la valenza preventiva della pena, il penale belligerante allargò la sua incidenza nella *communitas*. Sottratto a qualsivoglia proiezione ed utilità sociale, si tramutò in mero atto di potenza e di dominio. Vedi SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 171.

³⁰ La giustizia penale negoziata-comunitaria di derivazione feudale, si esprime al meglio nel Comune italiano del XII e del XIII secolo. Ai modi ed alle forme di questo sistema penale si contrappose il penale egemonico e di apparato d'estrazione monarchica, che prese piede a partire dal XIV secolo. I comuni italiani anticiperanno questa tendenza sostituendo sin dalla seconda metà del XIII secolo, il modello negoziato con un modello di *Iustitia* pubblicistica, spinto e veicolato dall'affermarsi del processo inquisitorio. Sul punto vedi per tutti SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di Storia della giustizia criminale*, in BELLABARBA, SCHWERHOFF, ZORZI, *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra medioevo ed età moderna*, Bologna, 2001, 355 ss.; ID., *Vidi communiter observari. L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1998, 231 ss.; ID., *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, cit., 139 ss. e 142 ss.

³¹ Alla costruzione di una *Iustitia* penale verticistica e d'apparato si raccordano in tal senso "quegli elementi che a partire dal secolo XIII conferirono al processo di trasformazione degli ordinamenti pubblici - le città-stato (in Italia e del Nord Europa), i principati territoriali e gli Stati monarchici compositi - uno dei fondamenti della sua stabile configurazione". Fenomeno che in Italia, prese consistenza in età comunale. Sul punto vedi CHITTOLINI, *La crisi delle libertà comunali e le origini dello Stato territoriale*, in ID., *La formazione dello stato regionale e le istituzioni del contado. Secoli XIV e XV*, Torino, 1979, 7 ss.; CAPITANI, *Dal Comune alla Signoria*, in *Storia d'Italia*, diretta da Galasso, IV, 1981, 147 ss.; SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 164 ss., 171 ss., 178 ss.; ID., *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di Storia della giustizia criminale*, cit., 355 ss.

³² Tanto da demandare la gestione della pena all'autonomia privata, in una prospettiva negoziale e conciliativa. Nei Comuni dalla seconda metà del XIII secolo, l'interesse pubblico alla persecuzione dei reati soppiantò l'interesse privato a negoziare e trovare un accordo sostitutivo alla pena: la estrazione pattizia e conciliativa dello *ius puniendi* comunale, cederà crescenti spazi alle esigenze di controllo egemonico della Chiesa sviluppato dal processo inquisitorio, che sarà alla base dell'affermarsi del modello penale potestativo, poi perfezionato dalla giustizia monarchica ed imperiale del XVI e XVII secolo. Cfr.

Assunta la struttura di un sistema egemonico d'apparato³³, lo *ius puniendi* cinquecentesco impiegò la forza e la violenza insita nella pena³⁴, per dichiarare guerra³⁵ al suddito-disobbediente/inosservante, identificato in un nemico del regno³⁶.

Gli esiti cinquecenteschi di questo processo saranno “le norme penali sempre più invasive e disciplinanti”³⁷, ed un “processo pensato per il nemico”³⁸: gli

GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 14 e 15. Sul modello della giustizia negoziata vedi SBRICCOLI, *Vidi communiter observari. L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, cit., 231 ss.

³³ Il modello della giustizia egemonica-di apparato che diede luogo al penale potestativo è approfondita in vari lavori di Sbriccoli. Vedi in particolare, SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di Storia della giustizia criminale*, cit., 355 ss. ID., *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, cit. 164 ss.; 167 ss; ID., *Vidi communiter observari. L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, cit., 231 ss.; ID., *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, cit., 139 ss. e 142 ss.

³⁴ “Se rivolgiamo il nostro sguardo al processo di formazione e consolidamento del diritto penale moderno, sia sul piano degli stati nazionali che su quello dei rapporti internazionali, viene chiamato in causa il problema del dominio politico, dei rapporti di potenza o, ancora, dell'irrazionalità del potere”; così come viene evocata “l'idea dello stato come detentore del monopolio della forza fisica legittima” che può allargare discrezionalmente la sua intronizzazione nella sfera dei diritti individuali dei cittadini, anticipando le soglie di punibilità, attraverso una prevenzione invasiva dei diritti di libertà. Cfr. GROSSI, *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, XVII ss, 3 ss., ABRATE, *Appunti sulla azione penale fra storia, costituzione e spunti di diritto comparato*, 2013, 25.

³⁵ La giustizia penale com'è noto, riflette “la visione che si ha dello Stato. Ove, infatti, valga il presupposto, secondo cui lo Stato si caratterizza come soggetto che evoca a sé il monopolio della violenza, in quanto mezzo ritenuto necessario alla organizzazione dei rapporti sociali, la partita è chiusa: in tale quadro, la potestà punitiva, cioè la tipologia più intensa dell'intervento statale nella sfera dei diritti individuali, non può che essere percepita, e dunque costruita, come espressione di violenza, sebbene in forme, se si vuole, governate o, come si diceva, istituzionalizzate. Così che il punire rappresenterebbe, insieme al muovere guerra (esso pure legittimato secondo regole intese ad accreditarlo come *giusto*), l'espressione più tipica del ruolo di gestore unico della violenza – di una violenza *giusta*– attribuito allo Stato”. Così EUSEBI, *Su violenza e diritto penale*, in *Antigone*, 2, 2015, 53; ID., *Visioni della giustizia e giustificazioni della guerra*, cit., 111 ss.; ID., *La legittima difesa come categoria alla prova. Fine della nozione di guerra giusta e problemi aperti*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 2, 2014, 437 ss.

³⁶ Il criminale diventa un nemico da combattere e da giudicare, senza andare troppo per il sottile: senza cioè distinguere “né fra diritto, etica e politica, né fra interno ed esterno, e dunque neppure fra nemico e criminale”. Così GALLI, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 46 e 47. In argomento cfr. per tutti DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, 871ss., 910 ss.; PADOVANI, *Il nemico politico e il suo delitto*, cit., 74.

³⁷ Lo *ius puniendi* diventa strumento di una guerra giuridica che “può essere mossa anche contro un nemico interno, perché i suoi presupposti” tendono a radicalizzare il conflitto “fra bene e male”. La giustizia penale, assunta a *bellum iudiciale*, combatte contro qualcuno, comportando la distinzione fra torto e ragione che rimanda alla divisione amico/nemico, interno/esterno, conforme/difforme: il nemico principale è il disobbediente ed il ribelle. La ribellione “è un delitto che va represso con un atto di guerra, che è anche atto di giustizia, o con atto di giustizia che prosegue direttamente la guerra”. Così GALLI, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 46 e 47.

³⁸ Il nemico è nella maggior parte dei casi, un avversario o un oppositore politico da eliminare attraverso

eretici³⁹, nella impostazione del processo inquisitorio d'estrazione canonistica⁴⁰, i disobbedienti-ribelli, nell'impianto potestativo del penale monarchico⁴¹.

il giudizio penale. Argomento sempre attuale, basti pensare al "tema del nemico interno" ed al suo sviluppo a partire dagli anni settanta dello scorso secolo. Sul punto vedi STORTONI, *Presentazione, a Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 21. Il modello del diritto penale del nemico è peraltro stato al centro del dibattito penalistico generato, all'inizio del nuovo millennio, dalla necessità di fornire risposte adeguate al terrorismo internazionale di matrice islamica: dibattito che ha riproposto con vigore i temi dell'anticipazione delle soglie di punibilità e dello Stato di prevenzione, varianti declinati e classificati nelle formule del penale di guerra e del nemico. Sul punto vedi per tutti DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 871 e ss.; MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2/3, 473; VIGANO', *Terrorismo, guerra e sistema penale* in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, 687.

³⁹ Sarà la persecuzione dell'eresia il vessillo del "*bellum iudiciale*" cristiano contro il "*bellum Romanum*" pagano, ma anche l'emblema di un penale che sanziona con la pena capitale scelte etiche ed interiori.

⁴⁰ L'uso del processo inquisitorio per reprimere e prevenire il *crimen haeresis* risale al XII secolo, allorché le inchieste vescovili non si limitarono più a controllare la moralità delle comunità diocesane, ma furono finalizzate al contrasto dell'eresia interna alla Chiesa. Fu papa Alessandro III nel Concilio di Tours del 1163, a stabilire una procedura per inchiesta nella quale un'apposita commissione doveva ricercare i casi sospetti di eresia e introdurre la causa dinanzi al vescovo. Nel 1184 il papa Lucio III con la decretale *Ad abolendam* demandò ad ogni vescovo l'*inquisitio haereticae pravitatis*, ricorrendo all'interrogazione e al giuramento dei fedeli. Il passaggio da un uso interno alla Chiesa del processo inquisitorio, ad un uso esterno, si deve tuttavia al principio del "*Rei publicae interest*" (è "interesse pubblico che i crimini non restino impuniti", vedi nota 1) - che attribuì rilievo pubblicistico alla persecuzione e punizione dei reati - dando una forma organica all'*inquisitio famae* già conosciuta dall'ordinamento canonico. I vantaggi del procedimento inquisitorio nella ricerca *ex officio* della verità, indussero la canonistica e i pontefici ad estenderne l'applicazione al contrasto dei fenomeni ereticali, inasprendone la procedura. Nel 1298 Bonifacio VIII stabilì con due provvedimenti che, se un imputato confessava il crimine al giudice delegato, non poteva poi obiettare la mancanza di *mala fama contra eum* (*Liber Sextus*, 5.1.1 *Postquam*), e che il giudice poteva procedere anche senza la cattiva fama se l'imputato non avesse sollevato obiezioni (*Liber Sextus* 5.1.2 *Si is*). In una serie di decretali emanate tra il 1199 e il IV concilio Lateranense del 1215, in particolare la *Cum oporteat*, le due omonime *Qualiter et quando*, la *Licet Heli*, la *Per tuas*, la *Excommunicamus* (poi confluite in *Liber Extra* 5.1.9; 5.1.17; 5.1.24; 5.3.31; 5.1.31; 5.7.13), il pontefice stabilì che i tre modi ordinari di introduzione del giudizio canonico erano *per accusationem*, *per denunciationem*, *per inquisitionem*, oltre al notorio e alla *exceptio*. Questo modello di giudizio influenzò le giurisdizioni laiche dei comuni italiani che svilupparono a loro volta una forma di *inquisitio in criminalibus*. Sul punto vedi fra gli altri SBRICCOLI, *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, cit., 139 ss. e 142 ss.; DEZZA, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, 1989, 106 e ss. MACCARONE, *Innocenzo III e la feudalità: non ratione feudi, sed occasione peccati*, in *Structures féodales et féodalisme dans l'Occident méditerranéen*, cit., 467 ss., 489 ss.;

⁴¹ L'eretico, come il ribelle, è "considerato fisicamente e giuridicamente" soggetto "senza pace (*friedlos*) nella misura in cui diffonde nel territorio e fra la popolazione incertezze, incompatibili con i dogmi alla base della fede cristiana. L'eretico come il ribelle, non è osservante della dottrina cattolica, mostrando e diffondendo il germe di comportamenti non conformi all'ordine etico-religioso dominante, che mettono in pericolo l'*ordo societatis* ovvero l'intera *communitas christiana*. Così SBRICCOLI, *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, cit., 144 e 145, vedi pure la nota 19.

2. Il *crimen* come *sacrilegium*: l'ordo iuris monarchico-imperiale fra sacralizzazione del *Princeps* ed eticizzazione dell'offesa. Indeterminatezza del concetto di *iniuria* e mancata distinzione fra danno e pericolo nel diritto penale del XVI secolo.

Fondata sulla funzione teocratica dello *ius puniendi*⁴² ed avallata dalla “concezione liturgica del potere politico”⁴³, l'incorporazione nel *crimen* del *sacrilegium* caratterizzò l'ordinamento penale monarchico del XVI secolo, costruito sul carattere sacro e divino della persona del *Princeps*⁴⁴.

Punto d'incontro fra regno umano e regno celeste, il *rex* fra il XV ed il XVI secolo si farà “mediatore di qualità sacrali”⁴⁵ che coloreranno “attraverso di lui, tutta la struttura del potere”⁴⁶: al monarca fu attribuito il titolo di *Imperator* per trasferirgli le “proprietà taumaturgiche o miracolose del *Rex-imperator*”⁴⁷, estendendo la componente sacrale e carismatica dell'*Imperium* nell'amministrazione della giustizia penale⁴⁸.

Definitivamente svincolata dalla *protectio* empirica del sistema del *dominium terrae* d'estrazione feudale⁴⁹, la pena monarchico-imperiale del XVI secolo

⁴² Sui caratteri generali del sistema penale teocratico e sulla sua progressiva secolarizzazione vedi per tutti MOCCIA, *Carpzov e Grozio*, cit., p. 7 ss.; 11 ss.; 18 ss.; 49 ss.

⁴³ Vedi sul punto SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, cit., 104 ss., 192, 276 ss. Cui si rimanda per i necessari approfondimenti.

⁴⁴ Cfr. MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, I, cit., 302 ss.

⁴⁵ Sul punto vedi per tutti BLOCH, *Le rois thaumaturges*, cit., 65 ss.

⁴⁶ Così SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, cit., p.84.

⁴⁷ In relazione al rapporto fra simboli e sacralità del potere monarchico Cfr. BLOCH, *Le rois thaumaturges*, cit., 3 ss., 152 ss.

⁴⁸ La volontà dei re di equipararsi all'imperatore si manifestò fra il XV ed XVI secolo, in tutta l'Europa continentale: ebbe alla base la necessità politica di legittimare la sovranità, come portato dell'origine divina. Sul punto vedi MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social (Siglos XV a XVII)*, Madrid, 1972, (trad.it.) *Stato moderno e mentalità sociale*, I, cit., 299 ss.; ZELLER, *Les rois de France candidats a l'Empire*, cit., 257 ss. La imperializzazione della figura del principe coinvolse tutti i maggiori regni europei: in Francia, furono tre i monarchi che in successione, s'impadronirono più o meno direttamente della funzione imperiale (Carlo VIII, Francesco I ed Enrico II); in Russia, fu Basilio III ad attribuirsi il titolo di Czar; in Inghilterra, Enrico VIII fece approvare dal Parlamento nel 1532 la *Act in restraint of Appeals*, “in cui dichiara l'Inghilterra un Impero e qualifica imperiale la corona”. In Spagna, “il titolo imperiale conferito ai re riappare con i Re Cattolici in più di una circostanza, e a Filippo II e perfino ai suoi successori si cerca ancora di dare questo titolo”. Sul punto vedi MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, I, cit., 299 ss.

⁴⁹ Se il penale naturalistico d'estrazione feudale non aveva consentito a nessuna sovranità ed autorità di “sovraordinarsi all'ordine naturale delle cose”, lo *ius puniendi* monarchico-imperiale - per creare una sua giustizia ed un suo apparato giurisdizionale - dovette ribaltare questo dogma, religioso e culturale, prima ancora che politico e giuridico. Sul punto sia consentito di rimandare a FORZATI, *op.cit.*, 637 ss.,

confluirà nella difesa della *potestas* monista e dei suoi simboli⁵⁰. I “segni del potere monarchico-imperiale s’intrecceranno con i dati della fede” cristiana⁵¹, “la *Reichskrone* diverrà *signum sanctitatis*” rafforzando il “principio-valore della intangibilità” del *Rex* ed “il carattere sacrilego di ogni offesa che gli venga eventualmente rivolta”⁵².

Alla sacralità (della persona) dell’*Imperator* si accompagnò il carattere imperativo della sua *Iustitia*⁵³, da cui derivò la connotazione potestativa della pena, intesa quale “*signum imperi seu potestatis*”⁵⁴.

Sovrapposta l’*iniuria* con il *sacrilegium*, lo *ius puniendi* monarchico-imperiale del XVI secolo poté prescindere dall’offesa terrena, sanzionando l’*iniuria* impalpabile ed immateriale, ovvero il pensiero e/o l’intenzione, l’inclinazione

656 ss. Vedi pure VOLANTE, *Fatto normativo e “interpretatio iuris”. La definizione del possesso nel diritto comune*, in *Ordo Iuris. Storia e forme dell’esperienza giuridica*, Milano, 2003, 3 ss.

⁵⁰ Dopo una prolungata disattenzione degli storici e dei penalisti sul tema, un filone di indagine storiografia ha identificato nella giustizia penale la “chiave di volta della costruzione statale”, quale “strumento politico di affermazione della sovranità sul territorio”. Vedi al riguardo GILISSEN, *Les institutions administratives et judiciaires des villes, vues sous l’angle de l’histoire comparative*, in *La ville*, vol. I, *Institutions administratives et judiciaires*, Bruxelles, 1954, 5 ss., 26 ss. Alla giustizia penale strutturata in via giurisdizionale ed organizzata in senso potestativo si lega secondo questa prospettiva, la “costruzione delle formazioni statali europee”, che trova nella coercizione, nella violenza e nella disciplina esercitata dall’apparato penale, fattori essenziali di sviluppo. Questa impostazione d’analisi è stata ripresa da BLOCKMANS, *Voracious states and obstructing cities. An aspect of State formation in preindustrial Europe*, in *Cities and the rise of States in Europe*, cit., 218 ss., 250ss.; ROBERT - LEVY, *Histoire et question pénale*, in *Revue d’histoire moderne et contemporaine*, XXXIII, 1985, 481-526; LEVY - ROUSSEAU, *Etats, justice pénale et histoire. Bilan et perspectives*, in *Droit et société*, 1992, 249 ss.; ROUSSEAU, *Genèse de l’état et justice pénale (XIIIe-XVIIIe siècle). Contribution pour une histoire de la justice*, in *De la Res publica a los Estados modernos*, Bilbao, 1992, 235 ss.; TILLY, *L’oro e la spada. Capitale, guerra e potere nella formazione degli stati europei. 990-1990* [1990], Firenze, 1991, 20 ss., 70 ss.; VICENS VIVES, *La struttura amministrativa statale nei secoli XVI e XVII* [1960], in *Lo stato moderno*, vol. I, *Dal medioevo all’età moderna*, a cura di Rotelli, Schiera, Bologna, 1971, 221 ss., 232 ss. Da questi studi emerge che la costruzione dello Stato quale struttura principale di organizzazione politica della società, si sviluppa parallelamente alla edificazione di un apparato coercitivo e preventivo penale. In rapporto alla ricostruzione storica dei tempi e dei modi della funzione potestativa dello *Ius puniendi* pre-moderno, l’attenzione del penalista è posta, da un lato, sui modelli tecnico-giuridici di controllo e di disciplinamento della popolazione, dall’altro sulle tecniche preventive di neutralizzazione dei soggetti e dei gruppi pericolosi per il potere sovrano.

⁵¹ Sul punto vedi per tutti BLOCH, *Le rois thaumaturges*, cit., 65 ss.

⁵² Cfr SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 82 e 83.

⁵³ Il monarca - già in quanto *Rex, dominus regni* - divenne *Imperator* di ogni suddito e giudice supremo, nella misura in cui “la supremazia del sovrano” implicava “la soggezione di tutto l’universo che gli compete” ed il carattere sacro ed imperativo della sua *Iustitia*: da ciò il carattere potestativo della pena, intesa quale “*signum imperi seu potestatis*”. Sul punto vedi MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, I, cit, p.299 ss. ZELLER, *Les rois de France candidats a l’Empire*, cit., 160 ss.

⁵⁴ Abbiamo già evidenziato che il penale potestativo dilata a dismisura il potere coercitivo e la valenza simbolico-preventiva della pena, sino a connotare un diritto penale belligerante (*ad modum belli*). Sul punto SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 171.

e/o la attitudine etico-morale all'atto sacrilego⁵⁵: posta a supporto della *protectio regni*, la pena fu indirizzata a colpire il dissenso per prevenire la ribellione, la faziosità per debellare la disobbedienza, anticipando il suo intervento ed estendendo la sua funzione⁵⁶.

Permeabile alla discrezionalità interpretativa sottesa alle *practicae criminales* ed alla *consuetudo practicandi*⁵⁷, il penale cinquecentesco massimizzerà la confusione concettuale e metodologica fra atto ed intenzione, sovrapponendo i concetti di immoralità ed illiceità, dannosità e pericolosità, antisocialità e disobbedienza etico-morale⁵⁸.

Il confuso intreccio fra politica e religione, etica e diritto, interessi empirici e trascendenti si riversò in uno *ius doctorum et advocatorum* elastico ed indeterminato, frutto di rielaborazioni dottrinarie, interpretazioni analogiche ed equiparazioni casistiche: ciò si tradurrà in definizioni sostanzialistiche di reato, supportate da “connotazioni ontologiche, di tipo morale o naturale, politico o sociale”⁵⁹.

Sotto un profilo tecnico-giuridico, il modello penale dell'obbedienza incondizionata e della (minuziosa) osservanza (ai precetti etico-religiosi) rese indistinguibili nel XVI secolo le categorie dommatiche del danno e del pericolo e irrilevanti le esigenze politico-criminali di demarcazione fra repressione e prevenzione penale⁶⁰.

Incapaci di distinguere il reato dal peccato, i *doctores* del XVI secolo ignora-

⁵⁵Nella misura in cui la materialità e (quindi) la dannosità dell'offesa fonda la utilità sociale della pena, il processo di dematerializzazione della *iniuria* svuoterà la pena del suo utilitarismo e della sua necessità, rendendola funzionale all'impianto potestativo del penale monarchico.

⁵⁶Vedi al riguardo SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 115 ss., 224 ss., 276 ss.

⁵⁷Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 166.

⁵⁸In “materia criminale lo stabilire la verità” fu “per il sovrano ed i suoi giudici un diritto assoluto ed un potere esclusivo”. Grazie all'uso sapiente di categorie eticizzanti rielaborate dalla (dotta) elaborazione dottrinale in *descriptio* elastiche riversate in un elenco (mai tassativo) di *casus*, si creò un ricco strumentario di illeciti preventivi personologici, improntati allo schema del diritto penale d'autore (del comportamento o dell'intenzione immorale), la cui totale indeterminatezza eludeva facilmente il vaglio processuale. Così FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, (trad.it.), 1993, Torino, 38 e 39.

⁵⁹Così FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 206.

⁶⁰Lo schema del reato (di condotta) improntato all'osservanza dell'obbligo (anzichè sulla repressione/prevenzione del danno) rappresentò l'idealtipo del *crimen* del diritto comune: tanto più si ampliò e si spinse in avanti l'area dell'obbligo, tanto più si accentuò il modulo della *precautio in-obedientiae*. Il concetto di materialità della condotta e del danno nel diritto comune parve azzerato perché interamente assorbito dalla *in-obedientia* e dalla sua prevenzione. Non rivestì di contro alcun valore classificatorio, il profilo della “*precautio laesionum*”, definizione di Pufendorf, che può essere intesa - non soltanto in chiave di funzione della pena - come un criterio di ancoraggio del reato sulla lesione ed in particolare come prevenzione del danno. Vedi PUFENDORF, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem*, libri duo (1673), Basileae, 1739, lib. I, cap. VI, par. 4.2, p.212. ID., *De jure naturae et gentium*, libri VIII,(1672), Francofurti, 1759, lib.VIII,cap.III, par. IX.

rono una costruzione univoca e tecnicamente compiuta della *iniuria*: la distinzione fra *crimen* di danno e di pericolo “non si poneva alla loro coscienza ed alla loro sensibilità giuridica come un problema generale e teorico; il loro essere ancorati al complesso testuale romano ed il fatto di dovere intervenire soprattutto in sede di organizzazione e sistemazione di singole fattispecie, li portava a sottovalutare l’aspetto generale del tema, restringendo il loro angolo visuale alle questioni di specie”⁶¹.

Ne derivò un corpo normativo aperto, magmatico ed equivoco, ripiegato “su di un genere di *definitio*” *criminis* che celava “in realtà una *descriptio*”: “le angustie della prima”, vennero “ovviate con le larghe possibilità operative offerte dalla seconda, non costruita o dedotta “*ex logicorum regulis*”, ma messa insieme “*legali modo*” ovvero uniformando i criteri interpretativi alle esigenze contingenti, dettate dalle priorità politiche e sociali”⁶².

3. Il diritto penale dell’obbedienza etico-religiosa e della inoffensività empirico-materiale: *inobedientia*, *rebellio* e *crimina* senza *iniuria*. I *crimina enormia*: reati senza offesa e senza vittima

La costruzione teocratica del *crimen* smaterializzò e destrutturò il nucleo empirico dell’offesa reicentrica d’estrazione feudale e la proiezione comunitaria (oggi, diremmo sociale) del reato per ricondurlo all’immaterialità, ovvero ad una *iniuria* compatibile con il carattere etico e simbolico degli interessi metagiuridici presidiati dalla *Lex divina*⁶³.

Proiettato in una dimensione ultraterrena e metafisica, il reato cinquecentesco e seicentesco fu privo di una *iniuria* materializzata, nei termini propri della lesione o del pericolo concreto. L’offesa trascendentale fu sfornita di un soggetto passivo individualizzato e/o individualizzabile: *ex jure Divino* fu Dio il terminale di ogni offesa, “l’unico vero soggetto passivo”⁶⁴.

La giustizia del diritto comune fu dunque costruita su “una concezione *sui*

⁶¹ L’illecito di pericolo non fu dunque nè classificato, né applicato in base alla tipologia di “*iniuria*” prodotta, ma attraverso la pratica rielaborazione di casi di specie, tarati sul parametro dell’osservanza etica, religiosa, gerarchica. Sul punto vedi SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 175.

⁶² Così SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 180.

⁶³ Interessi evidentemente differenziati e sovraordinati alla *societas* ed alla *socialitas*.

⁶⁴ Emblematica in tal senso “la severissima disciplina carpozoviana dei reati d’ingiuria commessi dai figli nei confronti dei genitori”, fra i quali s’inquadra anche “la semplice disobbedienza”. Un “eventuale perdono, con relativa formale intercessione, da parte del genitore offeso, poteva sortire al massimo una mitigazione della pena, ma non certo l’estinzione del reato”. Autorevole dottrina al riguardo considera come in questo caso “l’alterità del diritto dalla vita reale dei suoi destinatari appare in tutta la sua portata”, considerando peraltro la evidente sproporzione fra gravità della sanzione (che “per i casi più gravi”, poteva “*ex jure Divino*” consistere anche nella pena capitale) e la “ristretta lesività del fatto”, riferita ad un ambito familiare “ben circoscritto”. Così MOCCIA, *Carpzov e Grozio*, cit., 17.

generis delle norme sostanziali: non prioritarie, non presupposte, ma rimesse al giudice alla stregua di giudizi interpretativi sugli atti dei giustiziabili, dei quali importa principalmente valutare la *pravitas*, la nocività ed il grado di disobbedienza che esprimono”⁶⁵.

I *crimina enormia*, ovvero quelli a cui venne attribuito un tasso disvalorativo più elevato e dunque i massimi edittali di pena, furono per lo più crimini senza vittima⁶⁶: basti pensare all’ “eresia, l’apostasia, il sacrilegio, la lesa maestà nelle sue numerose manifestazioni o le pratiche sessuali consensuali radunate sotto il *nomen* generale di *crimen sodomiticum*”⁶⁷.

Si tratta di reati privi di un danno effettivo e/o di un soggetto passivo in carne ed ossa: il *crimen* tuttavia si configurava nella misura in cui andava a ledere sempre (in via mediata o diretta) l’autorità divina incarnata dal *Princeps*⁶⁸, violando l’impianto etico-religioso di un *ordo iuris* costruito sull’obbedienza gerarchica e sull’osservanza morale⁶⁹.

Ciò comportò la destrutturazione delle componenti fenomeniche delle *iniuria*: perduto il carattere corporeo e terreno, l’offesa penale s’impregnerà di suggestioni metafisiche che si tramuteranno in stringenti prescrizioni etiche; doveri di devozione e fedeltà al sovrano e di osservanza della legge di Dio⁷⁰, che daranno luogo all’impianto penale dell’obbedienza.

Contaminando i motivi gerarchici-potestativi del diritto d’estrazione feudale con la componente etico-religiosa del reato-peccato di derivazione teologico-canonista⁷¹, il penale teocratico del XVI secolo replicò il modello dell’obbedienza incondizionata di derivazione feudale⁷², essenziale alla sopravvivenza di un sistema politico, religioso e sociale strutturato sulle disegualianze⁷³: il penale potestativo e teologico fra il XVI ed il XVII secolo fu la

⁶⁵ Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 178.

⁶⁶ *Ibid.*, 166.

⁶⁷ *Ibid.*, 166.

⁶⁸ Così MOCCIA, *op. cit.*, 17.

⁶⁹ Sul punto vedi SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 224 ss., 276 ss.

⁷⁰ Cfr LE GOFF, *Prefazione* a BLOCH, *Le rois thaumaturges*, cit., XXIX ss.

⁷¹ Il sistema di tutele empiriche del *dominium terrae* d’estrazione feudale - costruito su reati (contro la vita e la proprietà) - funzionale alla protezione dei corpi, del sangue e della terra, sarà rimpiazzato sin dal XIV secolo da una *Iustitia* etica, custode di valori astratti dell’*ordo religionis* e della *maiestas divina*. Per un approfondimento sul punto vedi GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2011, 74 ss., 83 ss. Sia consentito anche il rimando a FORZATI, *op.cit.*, 640 ss.

⁷² Il modello culturale, politico e religioso dell’obbedienza incondizionata sopravvisse alla cultura tardomedievale, replicando nel XVI secolo la subordinazione propria del suddito medievale. Sul punto vedi COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, cit., 91.

⁷³ L’accettazione da parte della popolazione di una condizione di subordinazione a poteri sovraordinati variamente connotati (signorie territoriali, *dominus terrae*, potentati locali ma anche potere imperiale,

sentinella di queste diseguglianze, ammantate di motivi trascendentali e di componenti morali⁷⁴.

Considerata “origine e culmine di *iustitia*”, l’*oboedientia* fu alla base del sistema politico feudale e di quello monarchico tardo medievale, che confluì nell’*ordo iuris* teocratico del XVI e XVII secolo⁷⁵.

L’analisi dei casi di specie mostra che il nucleo disvalorativo del reato cinquecentesco rientrò nel ceppo della *inobedientia-rebellio* di derivazione feudale, piuttosto che nella dinamica della lesione/danno⁷⁶.

Sarà la disobbedienza al potere monarchico – o addirittura il pericolo o il sospetto di una *inoboedientia* – il nucleo costitutivo della *rebellio civium* e del *crimen coniurationis*, della *contemptus principis* e della *perduellio*, della *seditio* e della *machinatio in necem principis*, eredi della *defectio* feudale⁷⁷.

Il reato cinquecentesco e seicentesco arricchì tuttavia i motivi gerarchici della *inobedientia* feudale dei contenuti etico-religiosi del diritto canonico: la meticolosa osservanza della legge divina sarà alla base della componente eretica della disobbedienza, costruita attraverso la “tecnica retorica delle equiparazioni” che assimilò la *inobedientia* alla *rebellio*, alla apostasia, allo scisma ed all’eresia⁷⁸.

La messa in discussione del concetto di subordinazione (*subiectio*), ovvero della posizione di *subiectus* – oltre a mettere in pericolo l’impianto del potere monarchico (rispetto al popolo di sudditi) – minava l’unità della *communitas christiana* (comunità di credenti e di fedeli), che vedeva nell’obbedienza un

monarchico ed ecclesiastico), va contestualizzato al concetto di *ordo* gerarchico proprio della società medievale, che fece rientrare il dominio nell’ordine naturale delle cose: non deve quindi sorprendere che la giustizia penale tardomedievale e quella successiva si tradurrà in esercizio di dominio e di controllo, in funzione sia di difesa che di assoggettamento della *communitas*: la *protectio* monarchico imperiale fu esercizio di dominio, nella misura in cui la garanzia di incolumità prevedeva in cambio obbedienza, fedeltà e devozione. Cfr. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., 83.

⁷⁴ Sarà d’altra parte, il potere sovrano a mutare “col tempo il suo baricentro”: sovranità non sarà più “il potere legittimo di fare le leggi, ma il potere reale coattivo di farsi obbedire, attraverso il monopolio della forza o della coazione fisica; sovrano è il potere di fatto, e la sua legittimità dipende solo dalla sua effettività, perché *oboedientia facit imperantem*” Così MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, cit., 30.

⁷⁵ L’intera impalcatura socio-politica medievale d’estrazione feudale – cui si uniformerà, pur con inevitabili mutamenti, l’*ordo* monarchico-imperiale del XVI secolo – poggerà su gerarchie definite e ruoli politico-sociali cristallizzati, retti dall’esercizio della dominazione e dalla sua accettazione da parte della popolazione. La rassegnata accettazione da parte della popolazione di una volontà superiore e di un disegno divino che imponeva obbedienza incondizionata, ovvero la placida accettazione del suo ordine e delle sue gerarchie, è ben resa dall’espressione del “dominio accettato come destino” di COSTA, *Iurisdicio*, cit., 91. Il concetto viene ripreso e sviluppato da SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 1.

⁷⁶ Vedi sul SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 134 ss.

⁷⁷ Cfr. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 224 ss., 276 ss.

⁷⁸ Così SBRICCOLI, *op. ult. cit.*, 123.

atto di fede e di accettazione del disegno divino. Ecco perché l'*obedientia* fu principio fondativo sia della legge umana che di quella divina: prima d'essere un reato, la disobbedienza incarnò un peccato mortale nel cui ambito la "*inobedientia superiorum*" rappresentò il "*maximum peccatum*"⁷⁹.

Se per il diritto umano, la colpa del *rebellis-inobediens* fu quella di negare "il suo ruolo di *subiectus*", per la legge divina "il carattere empio e sacrilego della disobbedienza" confluirà nel *crimen haeresis*, tipica espressione dello strumentario eticizzante e moralizzante del penale teocratico⁸⁰.

Declinata nella violazione dell'*ordo religionis*, la disobbedienza assunse i contorni della inosservanza dei precetti ecclesiastici e canonici confluendo nel *crimen haeresis*, nella *paganitas* e nel *pactio cum daemone*⁸¹, nella *idolatria* e nel *sacrilegium*.

4. Il *crimen* come *culpa sine actu*. Processo inquisitorio e *poena sine utilitate*: il processo penale strumento di *veritas*. Dematerializzazione della *iniuria*, diritto penale dell'obbedienza e funzione potestativa della pena

Assunti come riferimento sistematico principi metafisici e trascendentali⁸², il penale cinquecentesco relegò la tutela degli interessi concreti di sudditi e fedeli alla irrilevanza⁸³: il reato finirà "coll'identificarsi con ciò che piace e dispiace al sovrano" o alla chiesa, sovrapponendo relativismo etico e convenzionalismo giuridico, offesa materiale ed indegnità morale, danno e colpa⁸⁴.

L'opera di eticizzazione della *iniuria* determinerà la sua astrattizzazione ovvero il suo allontanamento dalle categorie empirico-naturalistiche che veicolavano lo *Strafbedürfnis* della *communitas*: ciò comportò la divaricazione fra pena ed *utilitas* comunitaria.

La frattura fra la *Iustitia* penale ed suoi fruitori, avviata già sul finire del XIII

⁷⁹ Così SBRICCOLI, *op. ult. cit.*, 122.

⁸⁰ La figura dell'eretico, connotazione etico-religiosa del ribelle (e del disobbediente), nasce "dalla traduzione in termini religiosi di certi malesseri sociali operata a livello popolare, alla assunzione in termini di minaccia politica (anche) per lo Stato della *haeretica pravitas*, da parte degli apparati repressivi di quest'ultimo, dalla lotta che viene portata comunque contro ogni forma di conformismo ideologico, fino ai meccanismi complessi - politici, religiosi, economici, o semplicemente irrazionali - in base ai quali si perseguivano, accanto ai dissidenti organizzati in *sectae*, anche gli innocui e presumibilmente conformisti *iudaei* delle città". Così SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 75 cui si rimanda per i necessari approfondimenti.

⁸¹ Sul punto vedi MOCCIA, *op. ult. cit.*, 22.

⁸² SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 288 ss.

⁸³ In tal senso la componente teocratica dello *ius puniendi* ebbe finalità coincidenti con il penale egemonico d'apparato. In argomento vedi per tutti SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 164 ss., 171 ss., 178 ss.; ID., *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di Storia della giustizia criminale*, cit., 355 ss.

⁸⁴ Sul punto cfr. FERRAJOLI *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 48, nota 14

secolo dalla crescente diffusione del processo inquisitorio d'estrazione canonica⁸⁵, deriverà anzitutto dalla "forte normativizzazione dell'agire dei giudici"⁸⁶. All'interno del processo inquisitorio, il significato tecnico-giuridico di una condotta e di un comportamento assunse canoni assolutamente divergenti dalla realtà: la tutela di valori metafisici associata alla pressante ricerca del *peccatum*, confluita nella colpa, l'unica categoria ontologica che ebbe spazio nella dimensione processuale teologica, cui fu progressivamente precluso l'accesso di categorie e concetti fenomenici⁸⁷.

Allorché il processo inquisitorio cinquecentesco "invaderà la dimensione processuale, il penale sostanziale si peccatizza progressivamente, facendosi etico": identificato il reato con il peccato, il (*crimen*)-*peccatum potest esse sine actu*.⁸⁸

La pena sarà comminata per la colpa incarnata, piuttosto che per l'azione realizzata, per la *mala fama* più che per il danno prodotto; il processo penale non tenderà alla *utilitas* (della *communitas*) ma alla *veritas*⁸⁹: "*quia inquisitio maioris est efficacitae tam ratione iudicis quam cause veritatis*".⁹⁰

La *culpa sine actu* non è una *iniuria*, ma una categoria ontologica dell'essere⁹¹:

⁸⁵La frattura fra penale e corpo sociale inizia con l'affermazione del principio "*Rei publicae interest, ne delicta remaneant impunita*": questo principio canonista sarà alla base della destrutturazione del sistema conciliativo e pattizio della giustizia penale comunale. Esso comportò la divaricazione della giustizia penale dai suoi fruitori e l'avvio della costruzione del penale egemonico d'estrazione pubblicistica che raggiunse i massimi livelli potestativi nel XVI e nel XVII secolo.

⁸⁶La "acquisita centralità" della fama "nelle pratiche di accertamento della verità" non potrebbe promuovere una giustizia etica, se non si facesse interprete di una necessità politica del processo pubblico, che fonda l'intero sistema inquisitorio". Così SBRICCOLI, *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, cit., 136.

⁸⁷Nel primo processo inquisitorio del XIII secolo, celebrato nei Comuni italiani, l'assimilazione fra *mala presumptio* e prova, ovvero la sovrapposizione fra verità (probatoria) e verosimiglianza (indiziaria), conduce a condanne del tutto arbitrarie. Nel corso delle indagini la *mala fama* diventò un potentissimo indizio di colpevolezza o di innocenza: la centralità della (buona o cattiva) fama nell'orientare la verità processuale, rese il giudice il vettore delle delazioni, dei sospetti e delle presunzioni di pericolosità che guidano il primo processo inquisitorio comunale. Così VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, in *Rechtsgeschichte Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 2009, 48.

⁸⁸Così SBRICCOLI, *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, cit., 136.

⁸⁹La prospettiva della ricerca della verità orienterà la giustizia verso una dimensione di astrazione che, per paradosso, ignorerà la realtà del *crimen* e l'utilità della parte offesa. È "qui che la *veritas* si incontra con il meccanismo cardine dell'*inquisitio*, la (*mala*) fama", trasformandosi in verosimiglianza, ovvero in realtà personologica. Vedi sul punto VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, cit., 48.

⁹⁰Di fronte alla impenetrabilità della colpa, "l'apparato inquisitorio, con la sua potente spinta a scoprire i peccati-reati occulti, si presentava già sul finire del XIII secolo ad Alberto da Gandino come lo strumento più adatto per animare una giustizia" che non può e non deve lasciare impuniti i reati, ma neppure ignorare di approfondire la verità che si cela nella colpa. Così VALLERANI, *op.cit.*, 40 ss., 44.

⁹¹Il Trattato *de maleficiis* di Alberto da Gandino descrive pratiche e procedure dell'inquisizione comu-

“i reati riflettono una colpa interiore, una predisposizione al male che inerisce alla persona e ne condiziona i comportamenti. È questa la *veritas* che il processo penale deve indagare, ed essendo una *veritas* che scolora nella colpa” è una verità segreta, interiore, privata del reo⁹². La giustizia penale della verità non sarà strumento satisfattorio e ricompositivo di un danno, perché la pena rappresenterà un puro mezzo (di prevenzione e) di espiatione di una colpa etico-morale⁹³: la *culpa sine actu* - intenzione non esteriorizzata in azione - fondò dunque una *poena sine utilitate*, disarticolata dalla realtà e priva di qualsivoglia *utilitas* per la *communitas*.

“Sottoprodotto della normativizzazione” del processo e della eticizzazione del reato, sarà dunque “il mero dovere di obbedire alle norme penali, al di là del fatto che la loro infrazione sia fatta con dolo e provochi danno”⁹⁴: l’obbedienza assoluta ed incondizionata identificò un obbligo punito a prescindere dagli effetti prodotti, nella misura in cui il disvalore si concentrò nella violazione del comando in quanto tale, non nel fatto e nell’offesa⁹⁵.

Non è il contenuto empirico-fenomenico del reato a legittimare la pena, ma il contenitore etico - dato dalla norma imperativa - a giustificarla. La pena dunque non rileva in quanto utile o inutile, ragionevole o irragionevole, proporzionata o arbitraria, equa o iniqua, ma in quanto reazione (del potere sovraordinato) ad un atto imperativo non recepito ed assecondato (da un subordinato). *Ius puniendi* ed *Ius imperium* marcano insieme e perseguono la stessa funzione: il mantenimento ed il consolidamento del potere/comando⁹⁶. La pena non riveste fondamento e giustificazione esterna (la *utilitas*), perché è

nale, segnalando una gnoseologia del giudizio basata sul potere e sul dovere del giudice di decidere come e quando punire una persona, intendendo la punizione come la soluzione naturale della scoperta di una colpa”: ciò rappresenta una nuova fase della giustizia comunale che a partire dalla seconda metà del XIII secolo uscirà dalla modulo privatistico della pena negoziata, per confluire nel modello di processo pubblico. Per approfondimenti sul *Tractatus* e su Alberto Gandino vedi fra gli altri SBRICCOLI, *Vidi communiter observari*, cit., 87 ss.

⁹² Riferendosi alle finalità del primo processo inquisitorio del XIII secolo, nel *Tractatus de maleficiis* Alberto da Gandino scrive “le azioni degli uomini non sono solo *accidenti* esterni, ma riflettono una verità o un’essenza interiore più nascosta, che deve essere indagata dal giudice perché è da questa che nascono le cattive (o le buone) azioni”. Cfr. VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, cit., 44.

⁹³ Così SBRICCOLI, *L’inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, cit., 136.

⁹⁴ Così SBRICCOLI, *op.ult.cit.*, 136.

⁹⁵ Sul punto cfr. SBRICCOLI, *La storia, il diritto, la prigione. Appunti per una discussione sull’opera di Michel Foucault*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., 1091.

⁹⁶ Il problema del rapporto fra *ius puniendi* ed *ius imperium*, si collega al rapporto, sempre attuale, fra pena e violenza: in questa prospettiva “la pena, comunque la si giustifichi e circoscriva, è una seconda violenza che si aggiunge al delitto”, mentre il produttore di pena diventa lo “Stato descritto come oligarca della violenza”. Sul punto cfr. EUSEBI, *Su violenza e diritto penale*, cit., 54 nota 3.

giustificata dall'interno del sistema e dell'apparato che la genera⁹⁷, ovvero dalla stessa *potestas* (che la produce)⁹⁸.

La obbedienza incondizionata all'*ordo* divino - categoria alla base dell'organizzazione gerarchica della società feudale - trasposta sul piano penale, si trasformò nel XVI secolo, in osservanza meticolosa all'*ordo iuris* monarchico-imperiale e papale⁹⁹: obbedienza ed osservanza rappresentarono le fondamenta di un impianto penale simmetrico alle esigenze della *potestas*¹⁰⁰.

Il raccordo fra la *culpa sine actu* e la *poena sine utilitate*, va in tal senso precisato: la criminalizzazione della *culpa sine actu* eliminò dalla pena ogni componente di utilitarismo *ex parte populi*, massimizzando l'*utilitas ex parte principis*.¹⁰¹

La funzione potestativa della pena sarà dunque costruita su un reato di pura forma, destrutturato dall'offesa perché privato di un disvalore fenomenico accertabile e verificabile all'esterno: la *iniuria* diverrà un prodotto artificiale, costruito all'interno degli *arcana imperii*.

La costruzione etica dell'offesa consentirà all'apparato burocratico-

⁹⁷ Apparato che nel penale pre-moderno e dell'*Ancien régime* si identificò con la *iurisdictio*, produttrice di norme penali e creatrice di pene, dispensate per lo più arbitrariamente. Vedi SBRICCOLI, *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, cit., 144. Al contrario nel penale secolarizzato dello Stato liberal-democratico, "la forza del diritto, quale sistema di regole democraticamente sancite che ambisce a ottenere (tanto più ove siano in gioco condizioni essenziali della convivenza civile) una libera adesione da parte dei cittadini, sta soprattutto nella sua autorevolezza motivazionale". Così EUSEBI, *La Chiesa e il problema della pena*, Brescia, p.162; PULITANO, *In dialogo con "Luciano Eusebi, La Chiesa e il problema della pena"*, Milano [rectius, Brescia] 2014, in *Riv. trim. pen. cont.*, 4, 2016. www.penalecontemporaneo.it.

⁹⁸ La *potestas* fonderà una pena-imposizione ovvero la punizione (del subordinato) intesa come manifestazione di forza e di potenza: la pena potestativa è in quessa prospettiva sganciata da ogni utilitarismo e da qualsivoglia parametro di proporzione e ragionevolezza. Tanto più è severa e smodata, tanto più esalta l'*Imperium* di chi la comanda e la irroga.

⁹⁹ Al principio dell'obbedienza fece dunque "da sponda l'affermarsi corrispettivo di un severo disfavore per l'infrazione", anche se inoffensiva sotto un profilo materiale. Dal binomio obbligo/inosservanza, che richiamava lo schema obbedienza/disobbedienza, vengono fuori i reati di politici, ovvero quei reati di condotta il cui disvalore trasnigra agevolmente nel pensiero, nell'opinione, nell'inclinazione e nella tendenza di vita, dunque nell'offesa personologica. La criminalizzazione dell'infrazione inoffensiva è alla base del diritto penale politico perché ruota intorno alla dicotomia amico/nemico, fedele/infedele che distingue il soggetto (pericoloso) da punire da quello (fedele) da preservare. Sul punto vedi PADOVANI, *Il nemico politico e il suo delitto*, cit., 74.

¹⁰⁰ Sarà l'atto di forza e di potenza della *potestas* a fondare il carattere imperativo, dunque ineludibile, dell'obbligo. Vedi sul punto SBRICCOLI, *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, cit., 144.

¹⁰¹ L'utilitarismo *ex parte principis* richiama storicamente la componente utilitaristica dello *ius puniendi* pre-moderno e dell'*Ancien régime*: utilitarismo autoritario ed autoreferenziale, scevro da un substrato contrattualista, ovvero sprovvisto di una qualche reciprocità fra diritti ed obblighi, pretese statali e garanzie individuali. Si tratta di un "utilitarismo di matrice autoritaria solidale con i modelli di diritto penale massimo". Così FERRAJOLI, *op.cit.*, 247 ss.

giurisdizionale, al servizio del potere sovrano, di manipolare la realtà fenomenica e di plasmarla alle esigenze della *potestas*: la *iniuria* etico-religiosa - veicolata dalla sacralità del processo inquisitorio - si presterà a celare l'atto di forza (ovvero il carattere coercitivo e brutale dell'esercizio della *potestas*), sulla scorta di motivi ideali e concetti metafisici, come quello della *veritas*.

La funzione della pena fra il XVI ed il XVII secolo sarà dunque quella di conservare e consolidare il potere sovrano ed il suo apparato¹⁰²: la pena potestativa ha valenza intranea al sistema di potere che la genera, rimanendo estranea alle ricadute sociali che determina.

Il reato de-materializzato non apparterrà più al corpo sociale, fruitore e consumatore di giustizia, ma al suo produttore: alla *potestas* del potere sovrano, al suo corpo normativo ed al suo apparato burocratico-amministrativo. In questa prospettiva si comprende anche perché il penale diverrà a partire dal XVII secolo il mezzo attraverso cui si affermerà "la logica espansiva di poteri pubblici giuridizzati (costruiti in apparati) e armati"¹⁰³.

5. Il *crimen laesae maiestatis humanae et divinae*

Nel *crimen laesae maiestatis* la categoria dell'obbedienza, stella polare del penale premoderno e dell'*Ancien régime*, sarà declinata secondo crescenti esigenze potestative¹⁰⁴: i casi di specie del XVI e del XVII secolo testimoniano

¹⁰² Alla *summa potestas* (potere di comando assoluto) "è inerente l'attributo della coercitività": se il potere sovrano ed il suo apparato "sono macchine per estorcere obbedienza o per persuadere all'obbedienza", è chiaro che lo strumento coercitivo idoneo a raccogliere obbedienza generalizzata è lo *ius puniendum*. La minaccia coercitiva del comando penale mira all'obbedienza del destinatario nella misura in cui la stessa funzione della pena è riferita all'osservanza del precetto, ovvero alla generalizzata dissuasione alla realizzazione dell'illecito o di contro, alla generale osservanza dell'obbligo di agire e di adempiere a prestazioni specifiche nei termini richiesti dall'ordinamento. Così PORTINARO, *Stato*, Bologna, 1999, 52, 79, nota 13. Sul rapporto fra *ius imperium* e sovranità vedi per tutti CALASSO, *I glossatori e la dottrina della sovranità*, Milano, 1951, 91 ss.; COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, cit., 101 ss.; HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello stato*, Milano, 1987, 94 ss., 122 ss.

¹⁰³ Così SBRICCOLI, *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*, cit., 144.

¹⁰⁴ Disobbedienza, ribellione e tradimento rappresentarono il nucleo delle offese sanzionate già dalla "struttura romanistica" del *crimen laesae maiestatis* "fondata su titoli specifici del Digesto dedicati alla protezione del sovrano e dello Stato". Nel diritto romano imperiale il *crimen laesae* fu legato - attraverso la *perduellio* (da *duellum*, variante ant. di *bellum*, guerra) - alla componente belligerante dello *ius puniendi* che nel diritto romano risalente ruotò intorno al concetto di tradimento. La *perduellio* fu considerata alto tradimento ovvero un attentato alla pace, alla sicurezza ed all'unità del *populus Romanus* perseguito dai *duoviri perduellionis* e colpito con pena capitale: reato che durante l'impero fu considerato fra i casi più gravi di *laesae maiestatis*. Sul punto vedi SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 208, 253, 270. Il ponte eretto già nel penale romano fra *crimen fractae pacis publicae*, *perduellio* e *rebellio* fu ripreso e replicato dal penale potestativo tardomedievale, laddove fu parimenti riaffermato il concetto d'estrazione romana dell'*Imperium*. Vedi sul punto FORZATI, *op.cit.*, 639 ss.

no l'eccezionale grado di anticipazione della soglia di punibilità di un sistema penale che, sulla falsariga del *crimen laesae maiestatis*, attrezzò un infinito reticolo di reati d'obbligo, delitti di coscienza, di sospetto e d'intenzione¹⁰⁵ perseguiti - non in ragione del danno causato (o della sua proiezione comunitaria) - ma per salvaguardare lo *status quo* ed il conformismo ideologico¹⁰⁶ e dei costumi (sociali, etici o religiosi) dominanti¹⁰⁷.

Tradizionalmente riferito al presidio della *maiestas humana*, il penale teocratico svilupperà il *crimen laesae* sulla falsariga della *maiestas divina*, garantendone poi un ulteriore ampliamento in ragione della tutela preventiva dell'ordine e della gerarchia religiosa, oltre che politica¹⁰⁸.

Il *crimen laesae maiestatis humanae* et *divinae* assumerà funzione fondativa e conservativa del potere monarchico e della Chiesa, nella misura in cui - raccordandosi con la tradizione tardomedievale¹⁰⁹ - coinciderà con l'azione coercitiva che il potere monista è chiamato ad attuare (e/o a minacciare) per

¹⁰⁵ La enorme espansione di un simile reato sarà d' "aiuto alle monarchie europee (o, più modestamente, ai duchi italiani)" che - oltre a poter "agitare contro i loro sottoposti la *exécrable honte*" di una simile accusa - poterono usufruire, attraverso la moltiplicazione dei processi di fellonia, "delle spoliazioni di diritti e di beni che immancabilmente la seguivano". Cfr SBRICCOLI, *op. ult. cit.*, 69,71.

¹⁰⁶ Al riguardo va considerata la particolare "coesione della società medioevale, il suo integralismo, l'unità come valore supremo di ogni comunità", fa "da ovvio postulato alla condanna sociale di colui che esce dal sistema, ponendosi contro di esso". Il disobbediente che diventa ribelle, che diventa sedizioso, che diventa ostile, sino ad incarnare il nemico, si lega alla logica dell'appartenenza, delle fazioni, storicamente identificabile nel "Comune stretto da municipalismo e logica delle fazioni, fino al nuovo Stato, condizionato dai miti nazionalistici e dall'ossessione dell'unità (politica, religiosa, etnica)" Sul punto vedi SBRICCOLI, *op.cit.*, 153.

¹⁰⁷ Ogni disobbedienza, anche lieve, ai precetti etico-religiosi sarà sanzionata con la pena capitale quale attentato all'autorità ed alla dignità della chiesa, del sovrano o del potere precostituito". Così SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 75 cui si rimanda per i necessari approfondimenti.

¹⁰⁸ Il superamento del modello reicentrico d'estrazione feudale da parte del penale monarchico egemonico fu l'effetto dell'estensione degli spazi applicativi dello *ius puniendi*, cui il *crimen laesae maiestatis* contribuì massimamente. Fu il diritto canonico ad aggiungere il *crimen laesae maiestatis divinae* a quello *humanae*. Se i crimini di lesa maestà umana comprendevano i delitti di attentato all'autorità ed alla sicurezza del sovrano, alla sovranità ed alla sicurezza dello Stato, alla persona ed alle funzioni dei pubblici impiegati ovvero gli atti di disturbo all'ordine dello Stato, i crimini di lesa maestà divina furono tarati sull'equazione fra delitto e peccato. Sul punto vedi SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 103 ss, 112 ss.

¹⁰⁹ A partire dal XIV secolo lo *ius puniendi* dell'Europa continentale rivestirà una funzione fondativa della sovranità, nella misura in cui sarà lo strumento che attuerà e manterrà la *potestas* monarchica: la *iurisdictio* penale sarà utilizzata dalla monarchia come cinghia di trasmissione del suo potere sui territori decentrati, prima controllati dalle signorie locali. La giustizia penale si tradurrà quindi in organizzazione ed esercizio del dominio su territori e popolazione. Dominio ed assoggettamento che connoterà il penale monarchico come sistema *ad modum belli*, strumento di una giustizia belligerante che veicolerà (l'uso legittimo della forza e della violenza. Sul punto CALASSO, *I glossatori e la dottrina della sovranità*, cit., 91 ss.; COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, cit., 101 ss.; HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello stato*, cit., 94 ss., 122 ss. Sui rapporti fra *ius puniendi* ed *ius imperium* nel penale pre-moderno vedi FORZATI, *op.cit.*, 636 ss., 656 ss.

garantire se stesso¹¹⁰, prima che le popolazioni, il suo regno prima che il territorio¹¹¹.

Oltre ad allargare il *crimen laesae* alla tutela della *maiestas ecclesiae*, l'introduzione del *crimen laesae maiestatis divinae* consentirà la criminalizzazione di offese immateriali ed impalpabili: basti pensare che la fattispecie comprenderà i *crimina apostasiae, blasphemiae, divinationis, haeresis, incantationis, magiae, simoniae, sortilegi*¹¹².

La dematerializzazione dell'*iniuria* sarà funzionale alla costruzione di una *protectio maiestatis* accentuatamente preventiva¹¹³ che si allargherà all'apparato burocratico-amministrativo e giurisdizionale, in quanto mezzo privilegiato di attuazione e perseguimento della *potestas* monarchico-imperiale e papale¹¹⁴.

L'eccezionale sviluppo del *crimen laesae maiestatis* del XVI e del XVII secolo è bene evidenziato¹¹⁵ dai penalisti italiani dell'epoca: il Matteo degli Afflitti, il Farinaccio e il Claro, ne identificarono fino a 45 casi e classificazioni¹¹⁶, per lo più declinate sull'elemento soggettivo piuttosto che sugli effetti pericolosi dell'azione, tanto da evidenziare lo stesso Farinaccio che "*In crimine laesae maiestatis puniuntur conatus, etiam effectu non sequuto*"¹¹⁷.

L'ampiezza dello "schema della fellonia", riconducibile al generale disvalore della *proditio* (o, fuori della terminologia tecnicamente ristretta del diritto

¹¹⁰ Il *crimen laesae* sarà sempre punito con la pena di morte accompagnata da supplizi, in Francia "il fuoco per la maestà divina, lo squarcio a quattro cavalli per i casi di lesa maestà umana". Sul punto vedi CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, cit., 662 nota 1.

¹¹¹ L'intera struttura della repressione e della prevenzione penale medievale si conformerà al "complesso degli apparati ideologici delegati alla difesa del dominio" ovvero, più in particolare, al "complesso di legislazione e giurisprudenza al quale veniva affidato il compito di sanzionare tecnicamente e legalmente la violenza espressa dalla *Selbsterhaltung* del potere". Così SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 1.

¹¹² Vedi sul punto SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, cit., 348. Più in generale, sulla costruzione ed evoluzione della categoria della *maiestas divina* cfr. pure 98 ss., 106 ss., 332 ed in particolare 346 ss.

¹¹³ Prevenzione correlata alla funzione potestativa della pena: in questo modo, il sistema penale allargò il suo spettro di incidenza nella società, massimizzando le componenti coercitive e la valenza preventiva della pena, sino a connotare un diritto penale belligerante (*ad modum belli*): in questo contesto lo *ius puniendi*, sottratto a qualsivoglia proiezione sociale, si tramutò in mero esercizio (e manifestazione) di potere e di dominio. Vedi SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 171.

¹¹⁴ Vedi sul punto FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, a cura di Bertani-Fontana, Milano, 2009, 30 ss.

¹¹⁵ "Se ne distinguevano un primo e un secondo grado, ma senza conseguenze sensibili quanto alla pena, sempre efferata, che ricadeva su parecchie generazioni" Così ARANGIO RUIZ, *Crimen laesae maiestatis* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, 2.

¹¹⁶ "*Quadragintaquinque modis quis incidit in crimen laesae maiestatis*". Così MATTEO DEGLI AFFLITTI, *Commentaria in tertium librum feudorum. Quae sint regalia, § et bona committentium crimen laesae maiestatis*, Lugduni, 1548, n. 53.

¹¹⁷ La massima, con la relativa citazione, è riportata in PATALANO, *Significato e limiti della donmatica del reato di pericolo*, Napoli, 1975, 26 nota 8.

feudale, alla riprovazione sociale del tradimento) sarà nell'esperienza di diritto comune, al centro del sistema preventivo personologico a presidio dello *status quo*: la messa in pericolo del *Princeps* e l'attentato alla sua sicurezza ingloberà in tal senso "tutti i comportamenti lesivi e pericolosi per la sicurezza dello Stato"¹¹⁸.

Partendo dal rapporto antinomico fra "*contemptus*" ed "*obedientia*" ("*ubi contemptus est obedientia esse non potest*")¹¹⁹, "la minaccia maggiore per la credibilità, il prestigio e la sicurezza dello stato" verrà identificata nel *contemptus principis*, condotta che viola l'*honor et dignitas* del sovrano¹²⁰.

La disobbedienza metteva perciò stesso "in pericolo la *prosperitas reipublicae*, caricando questa nozione di significati complessi che racchiudono la *protectio regni*, ovvero la pace e la sicurezza dello Stato, la sua tranquillità, il suo prestigio ed il suo benessere economico"¹²¹.

Segnale dell'indebito ampliamento della fattispecie nel cinquecento e nel seicento, è che i *violatores pacis publicae* non saranno più condannati in ragione del *crimen fractae pacis publicae*, poiché sarà loro addebitabile la ben più grave violazione dell'obbligo di obbedienza e di fedeltà al Sovrano; chi disturberà la *pax publica* sarà ritenuto inosservante pure della legge divina, poiché violerà un'obbedienza assurta a valore sacrale, in quanto fondativa della *pax et concordia christiana* contenuta nella *pax regni*.

La sovrapposizione fra *crimen fractae pacis publicae* e *laesae maiestatis humanae et divinae* mostra l'elevatissimo grado di eticizzazione della *iniuria* che raggiunse il penale potestativo e teocratico, nonché la profonda commistione che esso realizzò fra i distinti piani della tutela del potere temporale e religioso. Da ciò la connotazione sacrilega del *crimen fractae pacis*, assimilato al *crimen rebellionis*, che rientrerà nella *inobedientia* assumendo la relativa *iniuria* i caratteri della *atrocitas*, *gravitas* ed *enormitas*.¹²²

Il combinato disposto di eticizzazione della *iniuria* e funzione potestativa della pena comportò che qualsivoglia comportamento, anche il più inoffensivo, racchiuse i germi della *inobedientia*, potendo confluire nel *crimen laesae*

¹¹⁸ Così SBRICCOLI, *op.ult.cit.*, 70 e 71.

¹¹⁹ *Ibid.*, 310.

¹²⁰ *Ibid.*, 134 ss., 224 ss., 276 ss.

¹²¹ *Ibid.*, 272.

¹²² La connotazione etico-morale del ribelle è alla base della equiparazione del trattamento sanzionatorio della ribellione sediziosa, delle grida sediziose ("*clamores seditiosi*") con la ribellione silente, ovvero quello "stato d'animo che si concretizza in intenzioni ed atti diversi", tutti riconducibili alla resistenza al principe (*rebellis* è anzitutto "*qui Principi resistit*") ed alla sottrazione "ai suoi doveri di suddito". Sul punto vedi SBRICCOLI, *op.cit.*, 268.

*maiestatis*¹²³.

In questo contesto, il popolo non potrà che essere un corpo estraneo dai detentori dello *ius puniendi*¹²⁴: “controparte di un potere” organizzato in via giurisdizionale “che minaccia la morte”¹²⁵ ed impone obbedienza, fedeltà ed osservanza come unico possibile rimedio all’incombente minaccia di pena¹²⁶.

6. La *iniuria* nel giusnaturalismo teocratico del XVII secolo: la tutela dell’*ordo religionis* e della *maiestas divina* in Benedikt Carpzov

Muovendosi nel solco del carattere taumaturgico e sovraumano del *Rex-divinus* del XIV e XV secolo¹²⁷ Benedikt Carpzov, il fondatore della scienza penale tedesca di diritto comune, assimilerà potere temporale e giustizia divina, facendo confluire la connotazione sacrale del potere monarchico-imperiale¹²⁸ nella costruzione del diritto etico e metafisico del giusnaturalismo teocratico¹²⁹.

¹²³ In un tale contesto storico non deve sorprendere l’affermazione di Pierre Ayrault secondo cui “*nimīa curiositas in religione crimen est*”. Sul punto vedi SBRICCOLI, *op.cit.*, 75. FERRAJOLI, *op.cit.*, 471.

¹²⁴ Corpo estraneo da combattere con pene del tutto sproporzionate rispetto all’entità del fatto: al riguardo, è sufficiente osservare che i crimini di lesa maestà (sia divini che umani) contemperavano nell’*Ancien régime* la pena di morte e la confisca generale dei beni. Pena di morte che, lungi dal limitarsi alla mera privazione della vita, era “eseguita mediante raffinati supplizi, che la rendevano diseguale a seconda del rango sociale del condannato e del titolo del reato: l’impiccamento era riservato ai contadini, la decapitazione ai nobili; la ruota era prevista per i crimini più atroci e il rogo per i delitti di lesa maestà divina, lo squartamento per i crimini più gravi di lesa maestà umana”. Tutti i crimini di lesa maestà prevedevano, inoltre, l’automatica “estensione alla famiglia del condannato “che era punita, direttamente, con l’esilio e, indirettamente, con la confisca di tutti i beni del condannato. Da questa rapida e, per forza di cose, frammentaria ricostruzione si comprende che “l’arbitrarietà, l’incertezza e la crudeltà dominavano tutti i settori dell’ordinamento penale- dal diritto penale sostanziale al processo penale, dall’attività dei giudici all’esecuzione delle pene”. L’espressioni fra virgolette sono in NEPPI-MODONA, VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale*, Torino, 1978, 160 ss. In argomento vedi fra tutti GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, I, Paris, 1888, 77 ss.

¹²⁵ L’obbedienza e l’osservanza della legge e della giustizia monarchica sarà incanardinata nel monismo giurisdizionale, la cui esclusività sarà presidiata in via sistematica dal *vitae necisque potestas*, ovvero da quel diritto di vita e di morte che costituisce “uno dei privilegi caratteristici del potere sovrano”. Cfr. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005, 97.

¹²⁶ Così AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, cit., 97. Allo *ius puniendi* non fu più richiesto di ricomporre e pacificare i conflitti, né di gestire il fenomeno criminale in modo equo ed utile: nella misura in cui la monarchia ebbe di mira il potere insito nel *fare diritto*, quel potere significò essenzialmente “disporre dei diritti” dei sudditi. Così MANNORI-SORDI, *Giustizia e amministrazione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, cit., 68.

¹²⁷ Sul punto vedi diffusamente BLOCH, *Les rois thaumaturges*, cit., 35 ss., 65 ss.

¹²⁸ La concezione mistico-sacrale del re-imperatore ebbe la sua massima espressione in Spagna. Per approfondimenti sul punto si rimanda a MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol.I, cit., 303 ss..

¹²⁹ L’impianto teocratico carpziano considerò la monarchia un’istituzione di origine divina ed il diritto una sua emanazione. Sul punto vedi SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 197.

“La concezione inflessibilmente teocratica dello stato” e del potere sovrano, derivò a Carpzov “da una completa adesione agli schemi generali del giusnaturalismo cristiano e luterano” che vide un costante parallelismo fra la dimensione umana e quella divina, estendendo al rapporto Stato-monarchia le caratteristiche del binomio Regno ultraterreno-Dio. Se la “figura del *Princeps* come metafora dello Stato” radicò, già a partire dal XV secolo, “una coincidenza quasi notologica con la *respublica*”¹³⁰, nella prospettiva carpziana del XVII secolo il monarca è *vicarius Dei*, colui che mette in collegamento i sudditi con l’*ordo* divino¹³¹.

L’ordine gerarchico, politico e giuridico che discende dal *Princeps* ha fondamento metafisico in quanto si fonda sull’investitura divina, ecco perché egli dispone rispetto allo Stato ed alla comunità sociale dello *ius imperium*, potere assoluto di comando che replica il potere divino sull’universo¹³².

Nella *Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*, Carpzov identificava in Dio il “*Legislator summus*”¹³³, mentre il sovrano rappresentava diretta emanazione divina in quanto interprete del volere trascendentale¹³⁴: ciò conferiva legittimazione metagiuridica al potere sovrano, scelto da una legge ed una volontà superiore, dunque inoppugnabile ed ineludibile¹³⁵.

La caratterizzazione sacrale, immutabile ed ultragiuridica del potere monarchico plasmò lo *ius puniendi* del XVII secolo che s’informò al totalitarismo ed all’assolutismo dello “*ius dominationis, cui omnia cedunt iura*”¹³⁶: il suddito cede i suoi diritti nelle mani del *Princeps* il quale ne dispone a suo piacimento, seguendo i dettati della legge divina¹³⁷.

Questa impostazione sarà alla base della confusione in Carpzov fra gli interessi laici e mondani, tesi al mantenimento dell’ordine e della pace sociale, e i

¹³⁰ “Il sovrano simbolizza, rappresenta, è lo Stato”. Così SBRICCOLI, *op.ult. cit.*, 80.

¹³¹ Sul punto vedi MOCCIA, *op. cit.*, 23 cui si rimanda per ogni approfondimento.

¹³² Il potere del sovrano, derivato dal potere divino, assume i caratteri della “supremazia” assoluta, cui corrisponde la “soggezione” dell’“universo che gli compete” e gli appartiene: persone e cose della comunità sociale, delle quali egli è “*princeps* e *dominus*”, dipendono esclusivamente dalla sua volontà. Se nel dominio e nella supremazia del sovrano, così come nella subordinazione dei sudditi c’è “l’irreversibilità del fatto naturale”, in analogia “con il perfetto ed incontestabile ordine del cosmo”, è del tutto evidente che a lui farà capo il processo di integrazione sociale che attraverso lo *ius puniendi* conduce alla tranquillità ed alla sicurezza dei sudditi. Cfr SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 82.

¹³³ Al riguardo vedi MOCCIA, *op.cit.*, 49 ss.

¹³⁴ *Ibid.*, 12.

¹³⁵ *Ibid.*, 23.

¹³⁶ Sul punto vedi SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 197.

¹³⁷ Lo stesso Benedikt Carpzov evidenzierà nella *maiestas*, la centralità del versante “*potestas*”, che andrà a concretizzare il potere derivante dall’*imperium*. Si esprime in questi termini SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 190 ss.

valori metafisici, espressione dell'*ordo* divino e dell'*ordo religionis*¹³⁸.

Nella misura in cui la *protectio regni* carpiziana comprende regno umano e regno divino, assorbirà la tutela della *communitas christiana*, "intesa come una *universitas*, cioè un tutt'uno globalmente configurabile"¹³⁹. La componente teocratica dello *ius puniendi* si assocerà per questo verso all'*Imperium*, garantendo la assolutizzazione del magistero permanente del re e della sua tutela¹⁴⁰. È lo stesso *ius imperium* - legittimato dall'origine sovrannaturale e sovraumana del *Princeps* - a garantire i valori laici della *pax et securitas regni*, che tuttavia coincidono con la *pax et concordia christiana*¹⁴¹: la pace carpiziana sarà dunque una *pax regni*, che allargata alla *protectio* del regno divino, si strutturerà su una obbedienza di matrice etico-religiosa, parametrata sul mantenimento disciplinato dell'ordine pubblico¹⁴².

La sovrapposizione fra *ius puniendi*, *protectio regni* e tutela dell'*ordo religionis* troverà nella *maiestas divina* carpiziana il suo nucleo costitutivo, ammantando la giustizia penale di motivi trascendentali, raccordati alla tutela di valori astratti ed impalpabili.

Si consumerà in tal senso la contaminazione fra lo *ius puniendi* monarchico tardo-medievale ed il modello assolutistico dello *Ius imperium* di derivazione romana, ma anche l'assorbimento dei motivi utilitaristici del *crimen* di matrice feudale¹⁴³ con la componente etico-religiosa del reato-peccato di derivazio-

¹³⁸ Sul punto vedi CARPZOV, *Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*, 1635, Francofurti ad Moenum, 1758, I, 1.35, n. 2.

¹³⁹ La impostazione teocratica carpiziana recepisce in tal senso la tradizione tardomedievale che - basandosi sulla "coesione della società medioevale e l'unità come valore supremo di ogni comunità" - condanna colui che esce dal sistema, ponendosi contro di esso". Il disobbediente che diventa ribelle, che diventa sedizioso, che diventa ostile, sino ad incarnare il nemico, si lega alla logica dell'appartenenza e dell'identità, storicamente identificabile nel "Comune stretto da municipalismo e logica delle fazioni, fino al nuovo Stato, condizionato dai miti nazionalistici e dall'ossessione dell'unità (politica, religiosa, etnica)". Sul punto vedi SBRICCOLI, *op.ult.cit.*, 153.

¹⁴⁰ Attraverso la perpetuità dello *ius imperium*, "trova riconoscimento il valore della durata e della continuità" della sovranità che in questa dimensione prolungata trova il suo carattere stabile ed istituzionale. Sovranità impersonata dal *Princeps*. "A differenza del dittatore romano che agiva in base a una *commissio* per un fine preciso, il sovrano è un magistrato permanente". Così PORTINARO, *Stato*, cit., 53 nota 27, 69.

¹⁴¹ I "*violatores pacis publicae*" per Carpov non sono coloro che turbano effettivamente la *quietis publicae* o lo *status civitatis*, ma coloro che esprimono una qualsiasi "disobbedienza" ai precetti etico-religiosi personificati dal *Princeps*. Ad essere sanzionata è la messa in pericolo del potere e dell'*auctoritas* del *Princeps*, emissario divino e dunque unico titolare della *potestas*. Sul punto vedi SBRICCOLI, *op.ult.cit.*, 194 ss.

¹⁴² Chiaro è in Carpov il riferimento ad una offesa declinata sugli obblighi di fedeltà e di obbedienza al sovrano, che rimandavano al rispetto della *lex divina*: la "*quietis publicae turbatio*" rappresentò in tal senso la ribellione all'ordine imposto dal *princeps*, identificandosi con un atto *laesae maiestatis*. Sul punto cfr. SBRICCOLI, *op.cit.*, 197 ss.

¹⁴³ Il sistema di tutele empiriche del *dominium terrae* d'estrazione feudale, costruito su reati contro la

ne teologico-canonista.

6.1 Il *crimen fra peccatum et sacrilegium* nella dottrina carpzoviana. *Crimina extraordinaria e delicta excepta*

La connotazione sacrale e simbolica della *maiestas divina* rappresentò il fulcro del giusnaturalismo teocratico di Benedikt Carpzov¹⁴⁴ che legò il potere monarchico alla “*maiestas summa, perpetua e legibus soluta*”¹⁴⁵, riconducibile al carattere sovranaturale e sovraumano della sua origine divina¹⁴⁶.

La *maiestas divina* sarà necessaria alla liturgia ed alla sacralità del potere monarchico-imperiale, che salderà la figura del *Princeps-artifex* dell’*ordo* al *Princeps-custos iusti*¹⁴⁷: la metafora dello “*Stato-corpus*”, ricalcata sullo “schema dottrinale del *corpus mysticum*” della “cosmologia cristiana” si riallacciò all’investitura divina del *Princeps* che rappresentò “l’unico ed il massimo reggitore” del regno, in “un rapporto omologo di quello che Dio ha con l’universo”¹⁴⁸.

La equivalenza fra *maiestas humana et divina* accompagnò dunque l’identificazione fra legge umana e quella divina, da cui l’assimilazione fra *crimen et peccatum*: “*Peccatum autem sive delictum nihil aliud est, quam actus humanus malus*”¹⁴⁹.

Inteso lo Stato come una proiezione della *maiestas divina* ed il diritto penale come strumento coercitivo al servizio dell’*ordo* divino e dell’*ordo religionis*, il giusnaturalismo teocratico carpzoviano perse ogni parametro tangibile cui ancorare il reato.

La connotazione etico-religiosa della *iniuria* carpzoviana, impermeabile ai parametri della dannosità ed ai fini dell’utilitarismo sociale¹⁵⁰, fu portata alle

vita e la proprietà incentrati sul danno e sul dolo, a presidio dei corpi, del sangue e della terra, sarà quindi rimpiazzato da una *Iustitia* etica, custode di valori astratti. Per un approfondimento sul punto vedi GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., p.74 ss., 83 ss.; FORZATI, *op.cit.*, 639 ss.

¹⁴⁴ Vedi al riguardo MOCCIA, *op.cit.*, 11 ss.

¹⁴⁵ Sul punto vedi SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 194 ss.

¹⁴⁶ Sul punto vedi SBRICCOLI, *op.ult.cit.*, 194.

¹⁴⁷ Sul punto vedi GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., p. 131. Sia consentito pure il rinvio FORZATI, *op.cit.*, 665,666.

¹⁴⁸ Cfr SBRICCOLI, *op.cit.*, 81.

¹⁴⁹ Così CARPZOV, *Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*, cit., I, 1.17, 3.

¹⁵⁰ L’ utilitarismo giuridico non è un concetto univoco, nella misura in cui resta diviso fra lo scopo della massima sicurezza dello Stato e quello della minima afflizione dei cittadini. Sulla ambivalenza del concetto di utilitarismo e sulla sua eterogenea caratterizzazione in rapporto al garantismo ed ai sistemi di diritto penale minimo e massimo vedi FERRAJOLI, *op.cit.*, 245 ed in particolare 247 ss. Per approfondimenti sul rapporto fra utilitarismo e contrattualismo vedi CHIODI, *Profili antropologici introduttivi allo studio della “socialitas” nel seicento tedesco*, cit, 6 ss.; FIORILLO, *L’altro, “ut aequus homo”: eguaglianza e “dignitas individui” nell’antropologia politica di Samuel Pufendorf*, in *Il diritto naturale della*

estreme conseguenze dalla dottrina dei *crimina extraordinaria* e dei *delicta excepta* che fornì supporto tecnico-processuale alla logica del sospetto e della prevenzione, sanzionando una (generica) disobbedienza scissa da qualsiasi “materialità dell’azione”¹⁵¹.

Determinando la sovrapposizione fra atto ed intenzione, evento ed inclinazione personologica, volontarietà e casualità del fatto, tanto i *crimina extraordinaria* che i *delicta excepta* consentirono di perseguire il mero proposito e l’intenzione, non seguiti dall’atto materiale (*delicta excepta*), per il solo fatto che per caso fortuito, forza maggiore o altri eccezionali eventi (“*ex accidenti formam delicti assumunt*”¹⁵²) determinassero un reato (*crimina extraordinaria*)¹⁵³.

Riconducibile al diritto naturale medioevale ed al giusnaturalismo cristiano¹⁵⁴, la dottrina dei *crimina excepta* fu strutturata per adattare le regole processuali al caso specifico, prevedendo ad esempio, “l’assoluta liceità della violazione di norme che di regola presiedevano all’accertamento dei reati e del relativo giudizio, specialmente in campo probatorio”¹⁵⁵. Si costruì in questo modo sul piano processuale, una sorta di prevenzione etica retta da un meccanismo presuntivo che assicurava la condanna anche in mancanza del *corpus delicti*: la rarefazione di qualsivoglia elemento empirico cui ancorare il dato probatorio, favorì discrezionalità ed arbitri giudiziari d’ogni sorta.

Carpzov “canonizzò sotto il titolo di *Stellionatus*”¹⁵⁶, la “riserva a favore del giudice di elevare a reato fatti eticamente e giuridicamente irrilevanti che *ex accidenti formam delicti assumunt* e di applicare per la loro commissione *poenae extraordinarie*”¹⁵⁷. Strumento straordinario che si riferiva ad un corpo processuale già di per sé (eccezionalmente) sbilanciato a favore dell’accusa: basti pensare al diritto del magistrato “di accettare denunce anonime, di nascondere all’accusato la natura della causa, d’interrogarlo in modo capzioso, di utilizzarle insinuazioni”¹⁵⁸.

società. *Tradizioni antiche ed antropologia moderna nel XVII secolo*, a cura di Fiorillo -Vollhardt, Torino, 2004, 130 ss.

¹⁵¹ Modelli che, rimuovendo ogni fondamento razionale della pena, condussero all’integrale assorbimento dei motivi di necessità e di utilità (comunitaria) dello *ius puniendi* all’interno di un apparato giurisdizionale autoreferenziale, incline ad amministrare la giustizia per assecondare esigenze politico-potestative e veicolare istanze etico-religiose.

¹⁵² Vedi CARPZOV, *Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*, cit., III, 134.1, 356.

¹⁵³ Così MOCCIA, *op.cit.*, 21 ss.

¹⁵⁴ A riguardo vedi per tutti WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, (trad. it.), Milano, 1965, 69 ss.

¹⁵⁵ Così MOCCIA *op.cit.*, 19.

¹⁵⁶ Vedi CARPZOV, *Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*, cit., III, 134.1, 356.

¹⁵⁷ Così MOCCIA, *op.cit.*, 19.

¹⁵⁸ Vedi FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, cit., 38 e 39.

A ciò si aggiungeva la forma segreta della procedura e l'impossibilità di accedere agli atti processuali che, determinava già nella normalità dei casi, la possibilità di gestire "con pienezza di potere" una verità processuale costruita ed utilizzata in modo del tutto discrezionale¹⁵⁹. Né il fatto, nè la volontà criminale dovevano essere provati, essendo sufficiente a fondare un'esecuzione capitale il mero indizio dell'intenzione a commettere un *crimen*, il più delle volte fondato su elementi di nessuno o di trascurabile significato¹⁶⁰.

I reati accentuatamente anticipatori della soglia di punibilità, applicabili in via analogica, ebbero quindi attraverso i *delicta excepta* una corsia processuale privilegiata che mise in crisi la fondamentale garanzia dell'*habeas corpus*¹⁶¹, favorendo una estesa ed indiscriminata area di regolamenti di conti politici e sociali¹⁶², ammantati della parvenza sacrale di una giustizia divina, prima ancora che penale¹⁶³.

7. Dal giusnaturalismo teocratico al giusnaturalismo laico: le origini della costruzione empirico-utilitarista della *iniuria*

La crisi della struttura politica e del sistema dei valori che aveva fondato il penale etico d'ispirazione teocratica, si manifestò nelle opere dei giusnaturalisti riformisti del XVII secolo che - prima della rivoluzione francese e degli illuministi - misero in evidenza le crepe del sistema teocratico e l'esigenza di svincolare lo *ius puniendi* dalla preponderante componente etico-religiosa, simboleggiata dall'*ordo religionis* e dalla *maiestas divina*.

Al giusnaturalismo laico di Ugo Grozio, considerato il fondatore del diritto

¹⁵⁹ Vedi FOUCAULT, *op.ult. cit.*, 39.

¹⁶⁰ Così ad esempio se il *sortilegium* richiedeva - oltre alla pattuizione diabolica - la causazione di un danno, tale circostanza veniva agevolmente superata in sede processuale potendosi arrivare ad una condanna sulla base dell'accusa di un terzo inquisito "sottoposto a tortura". Cfr. MODONA, VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale*, cit., 160 ss.; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, cit., 77 ss.

¹⁶¹ Sul punto vedi da ultimo ALESSI, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale*, I, cit., 75 ss.

¹⁶² Sul punto vedi MOCCIA, *op.cit.*, 19 ss.

¹⁶³ Dato ben chiaro ai giusnaturalismi laici del XVII secolo, sintetizzato da Hobbes quando affermava che i delitti sono "solamente quelle colpe che possono essere presentate davanti al giudice, e che perciò non sono semplici intenzioni". "Per le intenzioni, che non si manifestano mai con atti esteriori, non vi è posto all'accusa umana". In relazione "ai delitti politici di attentato", Hobbes precisava: non si riesce a comprendere "come faranno i giudici a trarre dal fatto che armi sono state fornite od acquistate, polvere da sparo comperata, o da qualsiasi altro atto manifesto, la deduzione che si è progettato di uccidere il re, a meno che alcune parole pronunciate dall'imputato non rivelino i fini per cui egli prese queste misure. La giuria, quindi, dovrà emettere a ragion veduta un verdetto sull'esistenza o meno dell'intenzione di uccidere soltanto quando sarà in grado di fondare il proprio giudizio sull'intera questione, cioè tanto sulle parole quanto sui fatti". Così HOBBS, *Leviatano*, cit., XXVII, 240; ID., *Dialogo*, cit., 474 ss.

naturale della socialità¹⁶⁴, si riaggancerà l'opera di Samuel Pufendorf, che introdurrà il tema del contrattualismo penale, e la costruzione securitaria hobbesiana del Gran Leviatano¹⁶⁵: in Grozio, Pufendorf ma soprattutto in Thomasius¹⁶⁶ ed in Locke¹⁶⁷ il momento retributivo, centrale nella concezione teocratica del diritto, verrà stemperato dall'utilitarismo laico giusnaturalista che anticiperà - anche se in termini ancora ambigui e compromissori - la proiezione sociale che lo *ius puniendi* acquisirà nell'illuminismo¹⁶⁸.

La fondazione socio-statuale del potere politico e giuridico, alla base della regolamentazione giuridica dei conflitti sociali - tratteggiata dall' *appetitus societatis* groziano e dalla *socialitas* pufendorfiana - segnalava già nella prima metà del XVII secolo, il progressivo scorporamento del carattere trascendentale e religioso dai centri di poteri ed il venir meno dell'osmotico rapporto di immedesimazione fra legge divina ed umana: l'offesa penale avvierà così il processo di secolarizzazione ed il percorso di adesione ai motivi dell'utilitarismo sociale.

Spogliato il diritto penale dalla preponderante componente etico-religiosa e di pura vendetta sociale, Grozio preparerà il terreno a Pufendorf che introdurrà il tema dell'utilitarismo penale legato al contratto sociale, segnando il definitivo superamento del giusnaturalismo teocratico di Carpzov sulla scorta della rielaborazione dei contenuti dello "*stare pactis*" del giusnaturalismo grozia-

¹⁶⁴ Vedi SCATTOLA, *Il principio del diritto nella riflessione di Ugo e Guglielmo Grozio*, in *Il diritto naturale della socialità. Tradizioni antiche ed antropologia moderna nel XVII secolo*, cit., 79.

¹⁶⁵ Hobbes baserà la giustificazione dello Stato-Gran Leviatano sulla tutela della sicurezza del corpo sociale. Lo Stato viene qui concepito come cui "uomo artificiale, benché di maggior statura e forza del naturale, per la protezione e difesa del quale fu concepito". Sul punto vedi HOBBS, *Leviatano*, cit., 3.

¹⁶⁶ Vedi THOMASIIUS, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, cit., lib.III, VII, 28, 413. CATTANEO, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, cit., 21 ss.

¹⁶⁷ In Locke lo Stato è un "mezzo per garantire i diritti naturali degli individui dalla precarietà dello stato di natura" scopo ultimo della sanzione penale è il "benessere dei cittadini, quale si realizza nella tutela della loro vita e degli altri loro beni fondamentali": sul punto vedi FERRAJOLI, *op. cit.*, 210.

¹⁶⁸ Il rapporto costante che ancorò il pensiero illuministico all'utilitarismo lega l'idea utilitaristica della pena ai pensatori illuministi, senza tener conto delle ascendenze giusnaturaliste del concetto di *utilitas*: sarebbe peraltro interessante sottolineare che l'utilitarismo penale nasce già nel penale comunale e nella composizione negoziale della sua giustizia. In realtà tuttavia saranno gli illuministi a dare completa attuazione all'idea utilitaristica della pena e della giustizia penale. Ciò viene, opportunamente, spiegato "con il fatto che il nuovo stato che veniva formandosi nella crisi dell'*Ancien régime* imponeva l'onere della giustificazione, cioè dell'elaborazione di fini utilitari *extra*-statali e dei limiti razionali idonei a giustificarlo". In tal senso gli illuministi mirarono alla rifondazione dell'ordinamento penale in senso globale (comprensivo del diritto penale sostanziale, processuale, dell'amministrazione della giustizia, del regime dell'esecuzione, dei rapporti fra il potere politico, legislativo e giudiziale) cioè alla costruzione di un vero e proprio sistema politico-istituzionale della giustizia penale. Soltanto sulla scorta del radicalismo e dell'ampiezza di un siffatto progetto, può comprendersi perché in esso ebbe "rilievo preminente l'individuazione - da un lato- dello scopo del diritto penale", la "definizione- dall'altro- dei suoi rapporti con la società". Sul punto vedi FERRAJOLI, *op.cit.*, 212 ss.

no¹⁶⁹.

Pufendorf fonderà lo *jus puniendi* sull'idea della difesa sociale, circoscrivendone l'operatività in base a motivi di utilità pubblica: lo Stato non deve occuparsi del "male passato" ma "deve mirare al bene futuro, prevenendo le offese, che gli uomini possono temere dai loro simili"¹⁷⁰.

L'*emendatio communis*, ispirata all'idea della prevenzione generale, acquisirà un ruolo assorbente nei confronti dell'istanza retributivo-espiativa di derivazione canonista: la pena non rappresenterà più l'espiazione di un peccato, né un castigo morale ma assolverà ad una funzione laica e meramente satisfattoria.¹⁷¹

La prospettiva utilitaristica e secolarizzata del giusnaturalismo laico aprì la strada allo stato nascente ed al nuovo sistema penale illuminista, vincolandoli all'"onere della giustificazione, cioè dell'elaborazione di fini utilitari *extra*-statali e dei limiti razionali idonei a giustificarlo": ecco perché nell'opera di Grozio¹⁷², Pufendorf¹⁷³, Hobbes¹⁷⁴, Locke e Thomasius devono ravvisarsi le premesse teoriche del tramonto della "fondazione aprioristica naturale, etica o religiosa" dello stato e della giustizia penale¹⁷⁵.

Seppur lo *jus puniendi* giusnaturalista sarà improntato alla *utilitas Reipublicae* e la sicurezza sarà costruita come *salus populi*, il "processo di rottura con gli schemi consolidati in una lunga tradizione evidentemente non potrà che avvenire per gradi"¹⁷⁶, necessitando la sua evoluzione di un profondo cambiamento delle strutture socio-statuali generali, che all'epoca di Grozio non era

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 43.

¹⁷⁰ Vedi PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, libri VIII,(1672), Francofurti, 1759, lib.VIII,cap.III,par.4-9.

¹⁷¹ Il giusnaturalismo laico del XVII secolo, affiancò all'*emendatio*, la *assecuratio* proiettando la pena in una dimensione utilitaristica e sociale. Vedi THOMASII, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, (1688) rist. Aalen, 1963, lib.III, cap.VII, par. 28, 413.

¹⁷² Cfr. GROZIO, *De jure belli ac pacis libri tres*, (1625), lib.II,cap. XX, § 6-9. Per un approfondimento della connotazione "polidimensionale" del principio utilitaristico in Grozio, vedi MOCCIA, *op.cit.*, 49 ss.

¹⁷³ PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, cit., lib.VIII,cap.III,par.4-9.; Id., *De officio hominis et civis juxta legem naturalem, libri duo* (1673), Basileae, 1739, lib.II, cap.XIII, par.4-10.

¹⁷⁴ Hobbes fonderà la *ratio essendi* del "gran Leviatano, chiamato stato" nel "benessere dei cittadini" che, a sua volta, verrà identificato nella tutela della vita e degli altri diritti fondamentali della comunità. Sul punto vedi HOBBS, *De Cive*, cit., III, par.11; Id., *Leviatano*, cit., XV, XXVIII e XXX.

¹⁷⁵ Sul punto vedi FERRAJOLI, *op.cit.*, 210 ss.

¹⁷⁶ Si trattò di un processo storico lento e denso di contraddizioni: lo testimonia l'opera di Grozio che continuò a fare riferimento comunque ai "principi religiosi di derivazione biblica" che tanta parte hanno nella dottrina carpozoviana: tuttavia se in Carpozov la *lex divina* era il punto di partenza della legge umana e dunque la sua applicazione era obbligatoria ed imprescindibile, in Grozio "il diritto divino nell'indagine sul diritto naturale diviene soltanto un punto di riferimento", privo di ogni obbligatorietà. Vedi MOCCIA, *op.cit.*, p. 41 e ss, in particolare 45.

neppure ipotizzabile”¹⁷⁷.

Non deve quindi sorprendere che Grozio, ma anche Pufendorf ed Hobbes, forniranno “un modello di apparato sanzionatorio coerente con le esigenze assolutistiche del seicento”¹⁷⁸: basti pensare al *summum imperium* pufendorfiano ed all’obbedienza incondizionata imposta dal Gran Leviatano hobbesiano a fronte di una compiuta garanzia di sicurezza.

7.1- *Lo ius puniendi* del XVII secolo fra prove tecniche di secolarizzazione e funzione potestativa della pena

L’obbedienza, strutturata sull’osservanza dell’ordine e della struttura gerarchica, assunse un posto preminente e centrale nel sistema ideologico e culturale del giusnaturalismo laico che soppiantò il giusnaturalismo teocratico, senza tuttavia rinunciare alle sue stelle polari: gerarchia e disuguaglianza.

Alla visione gerarchica dell’universo e del mondo incentrata sull’ordine trascendente divino del giusnaturalismo teocratico, il giusnaturalismo laico sostituì un sistema giuridico sganciato dalla dimensione metafisica ed incentrato sulle necessità mondane, che tuttavia non mise in discussione l’ordine sociale preesistente ed il suo sistema di potere¹⁷⁹.

La salvaguardia dell’ordine gerarchico rappresentò in tal senso “la concretizzazione (e la conseguenza) giuridica” della disuguaglianza tra varie forze e diversi soggetti operanti all’interno dell’ *ordo societatis*, posta a garantire la perpetuazione di tale “disuguaglianza, elevata a principio fondante e portante-quasi una *Grundnorm* dello Stato stesso”¹⁸⁰.

In altri termini alla rivisitazione del rapporto fra *ordo iuris et ordo* divino, non si accompagnò una *de-ordinatio*¹⁸¹ sistemica, ovvero uno scompaginamento del preesistente equilibrio giuridico, politico e sociale¹⁸².

¹⁷⁷ Ciò è “la prova migliore della direzione accentuatamente progressista” dell’opera groziana e del giusnaturalismo laico. Così MOCCIA, *Carpozov e Grozio*, cit., 46.

¹⁷⁸ Vedi FIORILLO, “*Salus populi suprema lex esto*”: il potere punitivo come “*officium regis*” nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf, in *Samuel Pufendorf filosofo del diritto e della politica*, Napoli, 1996, 169.

¹⁷⁹ Basti pensare che solo nel 1732 fu posto all’indice dal tribunale dell’inquisizione il *De iure belli ac pacis* di Grozio e circa dieci anni dopo furono proibite le opere di Pufendorf. Vedi al riguardo SCANDELLARI, *L’importanza di Pufendorf e dell’insegnamento del diritto naturale nei progetti di riforma degli studi giuridici nella Spagna di Carlo III*, in *Samuel Pufendorf filosofo del diritto e della politica*, cit., 225.

¹⁸⁰ Così SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 201.

¹⁸¹ Per approfondire il significato politico-giuridico del termine *deordinatio* a partire dal tardomedioevo vedi SBRICCOLI, *op.cit.*, 314.

¹⁸² Cfr. SCANDELLARI, *L’importanza di Pufendorf e dell’insegnamento del diritto naturale nei progetti di riforma degli studi giuridici nella Spagna di Carlo III*, 228 ss.

Sebbene i teorici del giusnaturalismo sociale costruirono e divulgarono teorie che mettevano in discussione il fondamento etico-religioso del potere temporale e dello *ius puniendi*, mai si paventò il rischio concreto di una perdita di legittimazione del sistema politico e religioso: la dottrina al servizio del potere sovrano del XVI e XVII secolo e gli stessi giusnaturalisti laici ammonirono dai pericoli nascenti dall' "*abusus libertatis*"¹⁸³ e dall'emancipazione della condizione di sudditi, evidenziando i pericoli derivanti dal "rapporto fra *seditiones* e *libertas subditorum*"¹⁸⁴.

Potere sovrano e ceto dominante temevano che la *inaequalitas* sociale unita alla *libertas subditorum* potesse condurre allo "sconvolgimento dell'*ordo*", spazzando via l'equilibrio¹⁸⁵ costruito sullo "squilibrio sociale"¹⁸⁶: queste esigenze politiche tennero ferme la struttura dell'apparato monarchico-imperiale e la funzione potestativa del diritto penale preesistente che anzi potenziò il suo sistema repressivo e preventivo. Si evidenziava in tal senso "l'esistenza di un legame organico e condizionante tra la conservazione" dell'*ordo* inteso come "*status quo* da una parte e quella della *pax publica* dall'altra".

Legame organico che fu indirettamente sostenuto dal "diritto naturale tedesco dell'Assolutismo illuminato"¹⁸⁷ di Grozio e di Pufendorf, nella misura in cui - pur introducendo l'idea di un patto esistente fra il *Princeps* ed il corpo sociale, - questa anticipazione del contratto sociale illuminista, fu ritenuto da entrambi privativo della libertà dei sudditi.

E' la *inaequalitas* la cartina di tornasole in grado di svelare la vocazione autoritaria ed illiberale dell'impianto penale del giusnaturalismo laico: nella prospettiva groziana, pufendorfiana ed hobbesiana "l'eguaglianza tra tutti gli uomini in natura è inesistente", o meglio resta una "astrazione che acquista un senso solo come esigenza di pervenire ad un contesto di rapporti giuridicamente regolato"¹⁸⁸.

La "difesa della persona e dei beni" del suddito - lungi dal rappresentare un diritto, - derivò "dalla forza del sovrano" che si obbligava "*ad curam*

¹⁸³ Sul punto SCANDELLARI, *op.cit.*, 232 ss.

¹⁸⁴ Così SBRICCOLI, *op.cit.*, 309.

¹⁸⁵ L'equilibrio dato dall'*ordo* viene inteso da Alberico Da Rosate come "*parium dispariumque rerum suo loco collocandarum recta dispositio*". Sul punto ALBERICO DA ROSATE, *Dictionarium iuris Civilis quam Canonici*, Venetiis, cit., par. *Ordo est*.

¹⁸⁶ Rilevante al riguardo la definizione di Oldenburg: "*ut Ordinum status in iustia proportione conservetur, cavendo est ne Ordo alius alium anteire presumat*". Sul punto vedi SBRICCOLI, *op.cit.*, 314.

¹⁸⁷ L'espressione è di LIMONE, *Fra Grozio e Vico. Il problema del "diritto naturale" come teoresi rigorosa*, in *Il diritto naturale della socialità. Tradizioni antiche ed antropologia moderna nel XVII secolo*, a cura di Fiorillo- Vollhardt, cit., 71.

¹⁸⁸ Così CHIODI, *Profili antropologici introduttivi allo studio della "socialitas" nel seicento tedesco*, cit., 14.

*communis securitatis et salutis*¹⁸⁹, soltanto a fronte dell'atto di sottomissione alla sua autorità sancito dall'*imperium*.

Il penale teocratico fu dunque trasposto dai giusnaturalisti laici, dal piano metafisico-trascendentale al piano dei rapporti politici e sociali, senza intaccare l'idea della pena-esercizio di *Imperium*. Si osserva al riguardo che Pufendorf, "anche se meno conseguentemente di Hobbes, ha affermato come nessun altro in Germania i principi dell'assolutismo statale che eliminarono lo Stato del Medioevo ed il suo ordine sociale"¹⁹⁰.

Sarà la garanzia di sicurezza, quale valore laico e mondano compatibile con una fondazione utilitaristica dello Stato e dello *ius puniendi*¹⁹¹, a legittimare nella prospettiva del giusnaturalismo riformista hobbesiano "la nascita e la legittimazione di un ordine giuridico caratterizzato dal monopolio della forza"¹⁹²: lo Stato tiranno della sicurezza rappresenterà per Hobbes l'unica alternativa possibile al "*bellum omnium contra omnes*".

"Tema costitutivo della sovranità nella sua declinazione moderna"¹⁹³, la sicurezza è indubbiamente "questione fondante per la nascita e la legittimazione di un ordine giuridico caratterizzato dal monopolio della forza", perché "il problema hobbesiano di assicurare protezione e sicurezza" è alla base della necessaria coercitività dello strumento penale, nonché della sua funzione preventiva¹⁹⁴. Ciò giustificherà tuttavia solo in parte la potestà coercitiva statale hobbesiana, pressoché illimitata, che comporterà la negazione coattiva dei diritti naturali del corpo sociale¹⁹⁵.

¹⁸⁹ Così PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, cit., lib.VII, cap.III, par. VIII, 134.

¹⁹⁰ Vedi FIORILLO, "*Salus populi suprema lex esto*": il potere punitivo come "*officium regis*" nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf, cit., 169.

¹⁹¹ Sulla sicurezza come categoria fondante dello *ius puniendi* vedi da ultimo *Sicurezza e diritto penale*, a cura di Donini-Pavarini, BOLOGNA, 2011, *passim*; DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p.3558 ss; ID., *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico. Documento introduttivo del Convegno "Sicurezza e Diritto Penale"*, Modena, 2009, 2 ss. (anche in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 11 e ss.); HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht?*, in *HRRS*, 2006, 130 ss.; NAUCKE, *Die robuste Tradition des Sicherheitsstrafrechts: Darstellung in kritischer Absicht, Relazione al Convegno Sicurezza e Diritto Penale*, Modena, 2009 1 ss.; MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2010, 1003 e ss. Sul bilanciamento fra sicurezza e garanzie, anche in rapporto alla anticipazione della soglia di intervento penale vedi CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit.Dir.*, 1-4/2009, 43 ss.; PULITANO', *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2009, 547 ss.

¹⁹² Così PULITANO', *Problemi della sicurezza e diritto penale, Relazione al Convegno "Sicurezza e Diritto Penale"*, cit., 1.

¹⁹³ Così COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del 'sacro'*, cit., 101ss., 115 ss.

¹⁹⁴ Così PULITANO', *Problemi della sicurezza e diritto penale*, cit., 1.

¹⁹⁵ Nella prospettiva hobbesiana il potere assoluto del Gran Leviatano ha un fondamento strettamente utilitaristico: "si tratta di attribuire al (potere) sovrano tutta la forza disponibile per garantire ai soggetti tutta la sicurezza possibile". Così COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del*

A fronte del fondamento razionale ed utilitaristico dello *ius puniendi* securitario hobbesiano, resta insomma il dato incontrovertibile che “il diritto penale (della sicurezza) in Hobbes è uno strumento di potere autoritario, incline alla violenza”¹⁹⁶.

Partendo dalla (garanzia di) sicurezza, Hobbes fondò la tesi del carattere assoluto del potere statale, giungendo ad intessere “la trama di una delle più radicali teorie dell’obbedienza che la storia delle dottrine politiche abbia mai conosciute”¹⁹⁷.

Viene autorevolmente sostenuto al riguardo che il radicalismo della teoria dell’obbedienza in Hobbes sia talmente marcato, che al suo cospetto “poteva essere giudicata addirittura moderata la stessa dottrina del diritto divino dei re, adoperata ai suoi tempi (di Hobbes) per sostenere l’assolutismo, e cioè proprio lo Stato fondato sull’obbedienza”¹⁹⁸.

Il giusnaturalismo laico approderà dunque ad una destrutturazione del sistema penale etico/potestativo compromissoria, venata di idealismo ed astrazione: la *de-ordinatio* dei giusnaturalisti riformisti si ridusse in tal senso ad una prova tecnica di secolarizzazione poiché - priva di un retroterra politico-sociale di stampo liberale, - non approderà ad un impianto giuridico-penale definitivamente depurato delle componenti etiche della pena potestativa¹⁹⁹. Ciò è dimostrato dalla circostanza che il giusnaturalismo laico seicentesco, al contrario dell’illuminismo settecentesco, non intaccherà l’assetto di potere preesistente, nè creerà una “*mutatio proportionis Ordinum Reipublicae*”²⁰⁰.

8. La separazione fra *crimen et peccatum* nel giusnaturalismo laico di Ugo Grozio. La costruzione di una *iniuria* differenziata: danno e pericolo.

La “fondazione antropologica dello stato” sarà in Grozio strettamente legata al “fondamento razionale” del diritto, ovvero alla “sua derivazione dalla ragione dell’uomo”: lo scioglimento dello *ius puniendi* da presupposti teologici, comporterà che non sarà più il Creatore, né “la autorità religiosa a dare legiti-

‘sacro’, cit., 101-120.

¹⁹⁶ Così si esprime opportunamente NAUCKE, *Die robuste Tradition des Sicherheitsstrafrechts: Darstellung in kritischer Absicht*, cit., 1.

¹⁹⁷ Vedi BOBBIO, (Introduzione alle) *Opere politiche di Thomas Hobbes*, cit., 25.

¹⁹⁸ In questa prospettiva, la teoria Hobbesiana dell’obbedienza rappresenterebbe la massimizzazione dei motivi illiberali ed autoritari propri del giusnaturalismo etico-teocratico di Carpzov. Vedi BOBBIO, (Introduzione alle) *Opere politiche di Thomas Hobbes*, cit., 25.

¹⁹⁹ Sul punto vedi COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del ‘sacro’*, cit., 101-120.

²⁰⁰ Sul punto vedi SBRICCOLI, *op.cit.*, 314.

timazione ed origine a stato e diritto”²⁰¹.

Separato il diritto penale dalla legge divina, il *crimen* groziano sarà scisso dal *peccatum*: “*punienda non sunt peccata quae directe, nec indirecte spectant ad societatem humanam, aut ad hominem alterum*.”²⁰²

La più nota fra le espressioni di Grozio che identifica nella pena una “*malum passionis, quod infligitur ob malum actionis*”, comunemente intesa come rivelatrice della connotazione retributiva della pena groziana²⁰³, in realtà assume fondamentale significato in tema di teoria generale del reato, nella misura in cui lega il reato ad un atto e non ad una volontà peccaminosa, ad un fatto e non ad una mera intenzione²⁰⁴.

Il reato groziano, superando la concezione teocratica d'estrazione carpzoviana, prescindere dall'offesa etica immateriale per trovare il suo nucleo costitutivo nella “esteriorità del comportamento”; Grozio sarà il primo giurista della sua epoca a teorizzare il principio di materialità come condizione di punibilità: “*Nunc illud videamus, sintne omnes actus vitiosi tales, ut puniri ab hominibus possint*”²⁰⁵.

Le violazioni della “*lex divina*” rilevano solo se ad esse è connesso un effettivo pregiudizio: da ciò il requisito della esteriorità del comportamento penalmente rilevante, agganciato all'effettiva causazione di un danno riconoscibile esteriormente²⁰⁶.

Partendo dal concetto di danno, Grozio - distinguendosi dai giuristi cinquecenteschi e dalla connotazione etico-sacrale dell'*iniuria* d'estrazione canonista - si preoccupò di delineare l'offesa di pericolo, come categoria autonoma, distinta dalla lesione. “*Inchoata delicta vindicanda non sunt, nisi res sit gravis, et eo processum sit, ut ex tali actu certum malum, etsi nondum illud quod intendebatur secutum iam sit, aut certe ingens periculum (ecco il pericolo) ita ut vindictio aut coniuncta sit cum cautione futurae noxae aut pernicioso exemplo (ecco il danno mediato) occurrat*”.²⁰⁷

²⁰¹ Vedi MOCCIA, *op.cit.*, 43.

²⁰² *Ibid.*, 61.

²⁰³ *Ibid.*, 53 nota 41.

²⁰⁴ È quanto sembra sostenere autorevole dottrina quando afferma che il carattere “polidimensionale dell'utilitarismo (groziano) non è affatto conciliabile con una teorica assoluta, per cui lo stesso riferimento al *malum actionis* in questo contesto può semplicemente indicare la necessità del collegamento dell'eventuale sanzione penale con la commissione di un reato”. Cfr. MOCCIA, *op.cit.*, 53 e 54.

²⁰⁵ *Ibid.*, 59.

²⁰⁶ *Ibid.*, 58 ss.

²⁰⁷ Così GROZIO, *De jure belli ac pacis*, Lausannae 1751, lib.II, cap. XX, § 39 n.4. Le espressioni in parentesi sono di CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1863, p. 231 e 232 § 352. Francesco Carrara studiò direttamente i testi groziani, rifacendosi ad essi per costruire la categoria del “pericolo corso”.

La definizione groziana del pericolo ne circoscrive l'uso a situazioni di particolare rilievo ("*ingens periculum*") che giustificerebbero la pena in una prospettiva di prevenzione generale, atta cioè a minacciare una sanzione per rimuovere gli effetti sulla collettività del cattivo esempio ("*pernicioso exemplo*") derivante dall'atto pericoloso²⁰⁸.

Sotto il primo aspetto ("*ingens periculum*"), Grozio rappresenta un assoluto precursore della quantificazione disvalorativa dell'offesa di pericolo: la importanza della sua teoria in materia, sarà riconosciuta da Francesco Carrara che forgerà la sua categoria del "pericolo corso" sul pericolo groziano²⁰⁹. Sotto il secondo profilo ("*pernicioso exemplo*"). Grozio giustificherà la criminalizzazione del pericolo in una prospettiva utilitaristica che partirà dalla necessità di trasmettere esempi virtuosi alla comunità onde evitare un effetto emulativo.

"Staccato da presupposti trascendenti e legato ad un fondamento (empirico) razionale, l'esercizio del potere punitivo non risulta più essere un dovere ma, diviene in Grozio una semplice facoltà"²¹⁰, che tiene conto della materialità del fatto e degli effetti che esso produce sulla comunità.

Ciò slega la pena dall'imperativo etico che a partire dalla giustizia monarchica tardomedievale la rendeva sempre obbligatoria in caso di disobbedienza e di inosservanza alla legge divina, ma anche dall'idea della teoria assoluta della retribuzione che – svincolata da considerazioni utilitaristiche – "impone il dovere di punire, dal momento che il ristabilimento della giustizia violata non consente deroghe all'inflessibile intervento punitivo"²¹¹.

Da ciò la limitazione della debordante prevenzione penale potestativa ispirata ai *crimina laesae maiestatis* e della anticipazione della punibilità di tipo etico-religiosa, riconducibile ai vari *crimina laesae maiestatis divinae*²¹² ed all'eresia²¹³.

Una volta separata sfera giuridica e sfera religiosa, Grozio costruisce un con-

²⁰⁸ Le espressioni in parentesi sono di GROZIO, *De jure belli ac pacis*, cit., lib.II, cap. XX, § 39 n.4.

²⁰⁹ La categoria del "pericolo corso" costruita da Francesco Carrara è equivalente a quella di pericolo concreto, in uso nell'attuale dottrina e giurisprudenza: Carrara la distingue dal pericolo "appreso" o di "mera previsione", rapportabile al nostro concetto di pericolo astratto. Quest'ultimo rientrerebbe fra "le trasgressioni", regolato dalle misure di "buon governo", – "leggi che hanno il loro fondamento nel solo principio dell'utilità" – in quanto queste ultime non potrebbero, a loro volta, "classarsi sulla norma del danno o del diritto violato perché in loro non vi è né danno, né violazione di diritto". Il pericolo corso per Francesco Carrara "nasce da uno stato di fatto che ha ad un dato momento reso imminente quella violazione" ed è, secondo Carrara alla base dell'imputabilità del "conato". Cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., 132, 134, 135.

²¹⁰ MOCCIA, *op. cit.*, 47.

²¹¹ *Ibid.*, 54.

²¹² *Ibid.*, 48.

²¹³ *Ibid.*, 62.

petto di ordine alternativo all'ordine divino, identificato da alcuni nell' "ordine pubblico" ovvero un ordine riconducibile al corpo sociale, distinto dall' "ordine religioso", "richiamato da Grozio solo se e nella misura in cui appare strettamente connesso all'ordine pubblico"²¹⁴.

In realtà pur mutando il concetto di *ordo*, non più inteso come *ordo* divino, ma come ordine pubblico, l'impianto penale groziano si regge sui vincoli gerarchici e potestativi d'estrazione tardomedievale, non rimuovendo del tutto il retaggio etico-religioso del reato d'estrazione monarchico-imperiale: la offesa penale groziana restò tarata sul mantenimento dell'ordine, il rispetto delle gerarchie e la conservazione dell'esistente.

Liberata la *potestas* da un fondamento metafisico, per distanziare lo *ius puniendi* dalla morsa etico-potestativa doveva affermarsi un bilanciamento fra i poteri dello Stato-*princeps* e gli interessi dei sudditi: si poneva in tal senso, il problema della giustificazione laico-utilitaristica della pena, e dunque la necessità di conferire una utilità mondana allo Stato ed allo *ius puniendi*.

La secolarizzazione groziana, nella misura in cui lasciò irrisolta la questione del fondamento del diritto di punire, restò incompiuta: pur avendo avuto il pregio di spostare la funzione etico-religiosa della pena verso una prospettiva sociale, mancò all'opera groziana una concezione contrattualistica che posizionasse i rapporti fra potere sovrano e cittadino nell'alveo di una qualche reciprocità.

L'impianto penale groziano risentì cioè della carenza di "una chiara fondazione dello *ius puniendi* statale, che può certamente comportare più efficaci garanzie per l'individuo che non un richiamo ad un generico *stare pactis* da Grozio innalzato a categoria basilare dell'ordine socio giuridico"²¹⁵.

In mancanza di un fondamento contrattualista, la pena acquistò un significato laico ma del tutto indefinito: "la derivazione razionale dello *ius puniendi*" significava garantire "comportamenti umani conformi al naturale *appetitus societatis*; la pena trovava legittimazione nel comportamento antisociale, senza bisogno di alcun ricorso a mediazioni di carattere metafisico"²¹⁶.

Restava aperto tuttavia il punto della distinzione fra etica ed socialità, morale e diritto: in mancanza di distinzioni nette, era chiara la riproposizione di sovrapposizioni fra istituti e categorie giuridiche ed enti e categorie etico-morali; la legge umana groziana - in mancanza di un fondamento contrattualistico - si preparò ad assorbire la legge divina, replicandone generalizzazioni ed incon-

²¹⁴ *Ibid.*, 62 nota 66.

²¹⁵ *Ibid.*, 43.

²¹⁶ *Ibid.*, 47.

gruenze.

Ambiguità concettuali ed indeterminanze definitorie favorirono i compromessi di un impianto penale in cui il carattere potestativo della pena, unitamente alla costruzione eticizzante e moralizzante della *iniuria*, non risulterà mai del tutto espunto.

8.1 La destrutturazione della componente etico-religiosa dell'offesa all'interno dell'impianto potestativo dello *ius puniendi* seicentesco

Se la secolarizzazione e l'utilitarismo penale furono tratti evidenti dell'opera groziana e suoi indiscutibili pregi, il limite del giusnaturalismo groziano fu quello di replicare sul piano sociale i motivi teocratici dell'osservanza etica e dell'obbedienza gerarchica, o meglio non riuscire ad arginare attraverso criteri certi l'*Imperium* illimitato ed arbitrario del potere sovrano.

Prova ne è che il rapporto fra pena e mantenimento dell'ordine (pubblico) fu sviluppato da Grozio in funzione della dialettica pace/guerra, cioè nell'ottica (potestativa) dell'*Imperium* imposto come necessario presupposto della *pax regni*: la pena viene considerata inizialmente “nella prospettiva dello stato offeso nei confronti dello stato offensore”, per poi essere ricondotta al rapporto fra stato e cittadino²¹⁷. La costruzione belligerante dello *ius puniendum* groziano richiama “il carattere eccezionale della sanzione penale, dato dalla sua equiparazione - nello stato di natura- alla condizione di guerra”²¹⁸.

Questa impostazione traccia una linea di continuità fra l'opera groziana ed il penale monarchico tardomedievale, i cui tratti belligeranti e potestativi²¹⁹ saranno recepiti ed assorbiti dall'utilitarismo groziano: basti pensare alla teoria sulla pena assume “una conformazione polidimensionale”, talmente ampia da risultare vaga²²⁰: “*Dicemus ergo, in poenis respici aut utilitatem ejus, qui peccarit, aut ejus, cujus intererat non peccatum esse, aut indistincte quorumlibet*”²²¹.

Se i principi di equità e di uguaglianza, alla base dell'utilitarismo contrattualista dello *ius puniendi* illuminista, pur restando sullo sfondo dell'opera groziana, non saranno mai esplicitati, né chiariti sotto il profilo pratico, ciò del resto va ricondotto a precise ragioni storiche: la *de-ordinatio* restò per tutto il XVII secolo un evento da impedire e dissuadere attraverso il massiccio uso preventivo dello *ius puniendi*, guardiano di un potere che, pur progressiva-

²¹⁷ *Ibid.*, 46 nota 20.

²¹⁸ Sul punto si consenta il riferimento a FORZATI, *op. cit.*, 649 ss.

²¹⁹ Vedi FIORILLO, *cit.*, p.141.

²²⁰ Cfr. MOCCIA, *op.cit.*, 52 nota 36.

²²¹ *Ibid.*, 52 nota 35.

mente laicizzato, restava cristallizzato nei suoi equilibri potestativi, etico-religiosi e liberticidi.

Al carattere innovativo, se non rivoluzionario, dell'opera groziana si contrapporranno in tal senso “carenti risconti pratici” e la “autolimitante natura essenzialmente programmatica e principale della speculazione penalistica” di Grozio²²².

Ecco perché il penale groziano, seppure ripulito dei suoi caratteri teocratici, mantenne intatto il suo impianto potestativo, ovvero la funzione di mantenimento/consolidamento della *potestas*, evitando che l'introduzione di *novos mores* spazzasse via il preesistente sistema di potere e la sua giustizia egemonica.

La *de-ordinatio* groziana si limitò ad una de-strutturazione dell'*ordo* divino, ovvero ad una separazione fra l'*ordo iuris* e la sua componente religiosa, senza mai occuparsi della demolizione delle diseguaglianze fra sovrano e sudditi, né di limitare lo *ius imperium* costitutivo dello *ius puniendi* seicentesco²²³.

Il passaggio dall'ordine divino all'ordine pubblico groziano non comportò in questo senso significativi mutamenti al modello dell'obbedienza tardomedievale, lasciando invariate le prerogative penali dell'assolutismo monarchico-imperiale.

Ciò mostra come in Grozio l'ordine pubblico identificò l'ordine verticista e monista, i suoi apparati e le sue gerarchie: le nuove idee giusnaturaliste non mutarono in altri termini, essenza e struttura del potere monista e del suo *ius puniendi*.

9. Le origini dell'utilitarismo penale nel contrattualismo di Samuel Pufendorf: aspetti compromissori e rilievi critici. Il *summum imperium* e la *inaequalitas* come elementi ostativi ad una valenza sociale dello *ius puniendi* pufendorfiano

La secolarizzazione del diritto penale, unita alla sua giustificazione utilitaristica, trovò in Samuel Pufendorf - il principale teorico tedesco del diritto naturale laico del XVII secolo - un assoluto precursore²²⁴: se la teoria dell'imputazione penale s'identificherà ancora nel XVII secolo con la imputazione morale, legata a presupposti etici e teologici, sarà Pufendorf a trasportarla “dal pia-

²²² *Ibid.*, 47.

²²³ Sul punto vedi SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 314; FORZATI, *op.cit.*, 664 ss.

²²⁴ Sul punto cfr. CATTANEO, *Samuel Pufendorf e Paul Johann Anselm Feuerbach: contratto sociale, secolarizzazione penale e prevenzione generale*, in *Samuel Pufendorf filosofo del diritto e della politica*, Napoli, 1996, 11 ss.

no della teologia morale al piano del diritto naturale”²²⁵.

La *Lex divina* nel giusnaturalismo pufendorfiano andò umanizzandosi sulla scorta “del concetto di *socialitas*”, ritenuta “norma fondamentale del diritto di natura”²²⁶; la pena, sganciata da motivi etico-religiosi, acquisì significato in quanto utile: “*tamen non recte hominem poenas exigere, nisi aliqua inde resultet utilitas*”²²⁷.

Battendo i sentieri (avveniristici per l’epoca) della valenza sociale dell’offesa e della pena, Pufendorf rielaborerà la composizione disvalorativa del reato, conducendola all’interno della “prospettiva giusnaturalistica secolarizzata, del tutto indipendente dalla teologia morale”²²⁸. Posta la distinzione fra “*entia physica*” (enti creazionali di derivazione divina) ed “*entia moralia*” per Pufendorf la “*socialitas*, con le sue dinamiche e tutto il mondo delle relazioni, del diritto e delle istituzioni” si pone sul terreno degli *entia moralia* che rappresentano un’entità morale ma anche- “pensando all’etimo dell’aggettivo *moralis*, che rimanda al sostantivo *mos*” – enti costumali o di costume²²⁹.

Per quanto “il diritto divino conferisca al *summum imperium* una validità universale ed immutabile”, l’*Imperium* in Pufendorf assume fondamento terreno: “*etiam civitates et summum imperium a Deo, tamquam legis naturalis auctore, profecta censentur*”. All’*Imperium* divino si affianca in tal senso una sorta di “impero civile” che rappresenta lo “strumento di realizzazione della vigenza delle leggi naturali”²³⁰.

È l’impero civile - inteso come spazio di raccordo fra giustizia divina e giustizia terrena - a fornire legittimazione all’idea del patto sociale di Pufendorf²³¹.

²²⁵ Come riconosce Anselm Feuerbach nella *Revision*, Pufendorf sarà il primo giurista a costruire una imputazione di diritto che prescinde dalla “qualità inerente alle azioni comandate e proibite, considerate in se”, valorizzando il ruolo dell’autore di una data azione e della conseguenze che ne derivano. Sul punto vedi CATTANEO, *Samuel Pufendorf e Paul Johann Anselm Feuerbach: contratto sociale, secolarizzazione penale e prevenzione generale*, cit., 1996, 12.

²²⁶ Per un approfondimento del giusnaturalismo tedesco e del pensiero di Pufendorf si rimanda ai fondamentali lavori di WEIZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie* (trad. it. *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965, *passim*); ID., *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf* (trad. it.), a cura di FIORILLO, Torino, 1993, *passim*.

²²⁷ Così PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, cit., lib.VIII, cap. III, par. VIII, 324.

²²⁸ Cfr. CATTANEO, *Samuel Pufendorf e Paul Johann Anselm Feuerbach: contratto sociale, secolarizzazione penale e prevenzione generale*, cit., 13.

²²⁹ Si comprende in tal senso come la proiezione del diritto penale nella dimensione della “*socialitas*”, che costituirà uno dei tratti caratterizzanti della successiva elaborazione illuminista, viene privata della necessaria separazione dalla sfera etica e morale. Sul punto vedi CHIODI, *Profili antropologici introduttivi allo studio della “socialitas” nel seicento tedesco*, cit., 6 ss. e 8 nota 2.

²³⁰ Vedi FIORILLO, “*Salus populi suprema lex esto*”: il potere punitivo come “*officium regis*” nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf, cit., 152.

²³¹ Vedi FIORILLO, *op.ult.cit.*, 152.

È proprio il patto sociale il principale elemento di novità dell'opera pufendorfiana rispetto al giusnaturalismo groziano: il fondamento contrattuale dello *Ius imperium* alla base dello *ius puniendi* pufendorfiano mitiga tuttavia solo in apparenza la funzione potestativa della pena seicentesca, poiché la affermazione arbitraria della *potestas* resta al centro di un sistema politico e giuridico retto da *Imperium* ed *inaequalitas*.

Pur separando legge umana e legge divina, *crimen et peccatum*, Pufendorf al pari di Grozio incanalò natura, struttura e funzioni dello *ius puniendi* all'interno delle categorie politiche e giuridiche proprie del penale potestativo seicentesco, non riuscendo – nonostante il riferimento alla *socialitas*, al patto sociale ed all'*utilitas* connessa alla pena - a far confluire il reato e la pena in una dimensione genuinamente utilitaristica.

Al centro del sistema pufendorfiano resta inalterato il legame fra diritto penale, potere sovrano, ordine ed obbedienza: la privazione della libertà (dei sudditi) è per Pufendorf condizione essenziale al mantenimento dell'ordine, che a sua volta è fondato sull'obbedienza; da ciò l'imprescindibilità dell'atto che introduce l'*imperium*, ovvero un potere assoluto ed incontrastato di comando e di dominio.

Nel pensiero pufendorfiano la “difesa della persona e dei beni” del suddito derivano “dalla forza del sovrano” che si impegna “*ad curam communis securitatis et salutis*”²³² a fronte dell'atto di sottomissione alla sua autorità ed al suo *Imperium*. Un atto che impone ai sudditi l'obbedienza incondizionata a fronte del “diritto di comandare”, tanto da corredare la sudditanza alla “necessità dell'ossequio” verso il gerarchicamente superiore²³³.

Sulla scorta di una disegualianza ontologica - ineludibile in quanto derivante dalla legge di natura, - Pufendorf lascia immutato il sistema di potere e l'ordine gerarchico preesistente: la differenza sostanziale rispetto al giusnaturalismo teocratico è che alla gerarchia divina si sostituisce la gerarchia sociale. Al riguardo occorre fare chiarezza, poiché Pufendorf distingue la uguaglianza sociale dalla disegualianza politica e giuridica.

Il “concetto di eguaglianza è definibile soltanto se inserito nel contesto della socialità, la quale costituisce la proposizione fondamentale dello *jus naturae* pufendorfiano, a ragione qualificato come un *diritto naturale della comunità*”: in questo contesto “l'*inaequalitas* viene definitivamente sancita dalla fondazione dello Stato politico” poiché “l'introduzione del rapporto politico intro-

²³² Così PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, cit., lib.VII, cap.III, par. VIII, 134.

²³³ Si esprime in questi termini FIORILLO, *L'altro, “ut aequae homo”: eguaglianza e “dignitas individui” nell'antropologia politica di Samuel Pufendorf*, cit., 130 e 131.

duce una stabile gerarchizzazione di ruoli fra governanti e governati”²³⁴.

È proprio la supremazia riconosciuta ai detentori della *potestas* a garantire la *protectio* della *communitas*: l'*inaequalitas* “fra detentori del potere ed i sudditi” viene introdotta da Pufendorf “al precipuo scopo di dare stabile e sicura protezione a quelle sfere del *suum*, costantemente minacciate dalla *pravitas* degli uomini di natura”²³⁵.

La preveggenza dell’opera pufendorfiana, in evidente anticipo sui tempi, sconta qui il suo carattere (necessariamente) compromissorio: in un sistema politico e giuridico verticistico e gerarchizzato, come quello seicentesco – fondato su una disegualianza ontologica fra governanti e governati, - il contrattualismo inteso come patto di reciprocità, dunque garanzia di rapporti orizzontali, non può che restare un ossimoro.

Il patto sociale pufendorfiano è, in coerenza con il contesto storico in cui viene partorito, un sistema della disegualianza retto dall’obbedienza: il rapporto verticale fra il produttore penale ed i suoi fruitori, impedisce ogni contrattualismo genuinamente bilaterale ed ogni relazione orizzontale fra comunità e Stato.

Per quanto la natura contrattualistica del penale si traduca in Pufendorf nella rimozione della componente etico-religiosa dell'*Imperium*, il penale pufendorfiano conserva dunque la inclinazione potestativa, mitigata soltanto parzialmente dal perseguimento della *utilitas Reipublicae*. Il principio pufendorfiano del “*Salus populi suprema lex esto*” va dunque storicizzato: non può essere interpretato alla lettera, ma dev’essere calato all’interno di un contesto politico retto dai concetti di sudditanza e subordinazione.

E’ d’altra parte vero che, pur legando sovranità e *ius puniendi* al *summum imperium*, l'*Imperium* pufendorfiano sarà basato su “due tipi di *vires naturales*, potere punitivo e legislativo”: lo *ius puniendi* potestativo d’estrazione monarchico-imperiale subirà quindi una prima torsione, nella misura in cui la centralità della legge rispetto alla *iurisdictio* rafforzerà il formalismo penale rispetto al mero arbitrio del *Princeps*.

In secondo luogo, l'*imperium* pufendorfiano rappresenterà una evoluzione (ed una significativa variante) dell'*imperium* monarchico di derivazione etico/religiosa del XV e del XVI secolo, nella misura in cui rimuoverà in parte la costruzione potestativa teocratica, delimitando anche la componente simbolico/sacrale demandata alla *iurisdictio*.

²³⁴ Così FIORILLO, *L’altro*, “*ut aequae homo*”: eguaglianza e “*dignitas individui*” nell’antropologia politica di Samuel Pufendorf, cit., 107, 129 ss.

²³⁵ Così FIORILLO, *op.ult. cit.*, 130.

È in tal senso indubbia la centralità dell'opera pufendorfiana nell'evoluzione del diritto penale teocratico verso la secolarizzazione, così come il carattere decisivo del suo contributo al contrattualismo penale, rielaborato successivamente dai giuristi illuministi: in particolare, si è opportunamente evidenziato l'influenza che il *pactum* sociale, il *pactum ordinationis* ed il *pactum subjectionis* di Pufendorf ebbero sull'Anti-Hobbes di Anselm Feuerbach²³⁶.

9.1 La offesa penale nella costruzione pufendorfiana: dalla prevenzione della disobbedienza alla *precautio laesionum*.

Il Sovrano pufendorfiano decide “*per generales regulas, quid in civitate pro licito, quid pro illicito, quid pro honesto aut inhonesto habendum*”²³⁷, rimandando ad un modello penale costruito su categorie generalissime, che dischiude ampi spazi di discrezionalità all'apparato giurisdizionale, al servizio del potere monista.

Spetta dunque allo stesso Sovrano distinguere il comportamento lecito da quello illecito, il suddito onesto da quello disonesto: sullo sfondo resta la delimitazione dei confini fra legalità e moralità, che rimanda al tema – mai completamente chiarito dal giusnaturalismo laico – della differenziazione fra (competenze del)la legge divina e di quella umana.

Basti pensare alla indeterminatezza della distinzione pufendorfiana fra reato e peccato, che non separa in maniera puntuale e definitiva la componente sociale del *crimen* dai contenuti etici del *peccatum*²³⁸. Più precisamente l'elemento etico-religioso proprio del peccato – ricollegabile agli *entia physica* di derivazione divina, - tende a sovrapporsi al disvalore morale del reato, che rientra negli *entia moralia*, ovvero nel diritto umano²³⁹.

²³⁶ Al riguardo vedi GUARNERI, *Discussioni antiche e nuove. Viva attualità della polemica fra Feuerbach e Grolman sugli scopi della pena e sul fondamento dell'imputabilità*, in *Giust.pen.*, 1942, I, 20 ss.; CATTANEO, *Samuel Pufendorf e Paul Johann Anselm Feuerbach: contratto sociale, secolarizzazione penale e prevenzione generale*, cit., 3 ss.

²³⁷ Vedi FIORILLO, *Delitto e peccato nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, in *Riv.int. di fil.dir.*, 1995, 19 nota 70.

²³⁸ Ambiguità ben espressa dalla massima di Samuel Pufendorf: “*Igitur omnino statuendum est, obligationem legis naturalis esse ab ipso Deo Creatore*”. Così PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, cit., lib.II, cap.III, par. XX, 212. Si considera opportunamente che “il bisogno di trascendenza sembra farsi maggiormente sentire nel giusnaturalismo tedesco che non in altri imponendo un confronto teologico particolarmente stretto alla ragione pura ed ai principi filosofici”; d'altra parte Pufendorf “il principale teorico tedesco del diritto naturale”, è anche colui che “pone in primo piano una propria nozione argomentata del concetto di *socialitas*, considerandola la norma fondamentale del diritto di natura”. Sul punto vedi CHIODI, *Profili antropologici introduttivi allo studio della “socialitas” nel seicento tedesco*, cit., 6 ss. e 8 nota 2.

²³⁹ Così CHIODI, *op.cit.*, 6 ss. Si comprende in tal senso come la proiezione del diritto penale nella dimensione della “*socialitas*”, che costituirà uno dei tratti caratterizzanti della successiva elaborazione

È pur vero che la confusione fra il piano etico-morale ed piano empirico-utilitaristico dell'offesa, si ricompone in Pufendorf attraverso la valorizzazione della lesione da un lato, e dell'utilità sociale della pena dall'altro.

In questa prospettiva, va letta la massima pufendorfiana secondo cui “*caeterum genuinus poenarum finis est praecautio laesionum*”²⁴⁰: la necessità di ancorare la pena alla lesione, piuttosto che alla disobbedienza ovvero ad un'offesa meramente etica, è direttamente legata alla connotazione utilitarista della pena groziana.

La pena deve tradursi in “un vantaggio per la comunità politica”: l'*utilitas Reipublicae* rifiuta le componenti vendicative della giustizia penale, ma anche quelle meramente espiative di stampo etico-religioso; la pena persegue il *bonum futurum*, non il *malum praeteritum*, nella misura in cui l'utilitarismo penale esclude la punizione del peccato quale *actio moraliter mala* o mera *intentio*²⁴¹.

La lesione si sposa con l'utilitarismo della pena groziana perché comporta conseguenze tangibili, dunque rilevanti, per la collettività e la parte lesa: il carattere fenomenico della lesione la fa confluire nel danno, ovvero una conseguenza dell'azione che assume rilievo civile oltre che penale, comportando il suo risarcimento, oltre il dovere di “prestare alla controparte una *cautio de non offendendo in posterum*”²⁴².

La lesione si lega in Pufendorf al *debitum*, ovvero un prezzo tangibile che il reo deve pagare alla persona offesa ed alla *communitas*: il *debitum* nasce dal danno, cioè da un elemento empirico e fenomenico, che tuttavia acquista rilievo morale²⁴³.

Rispetto alla maturità di queste considerazioni, inquadrabili nel moderno principio di materialità ed offensività del reato, riemergono le contraddizioni di una costruzione teorica in anticipo sui tempi.

La *praecautio laesionum* nell'impianto penale pufendorfiano va raccordata al diritto di comandare riservato al sovrano (*imperium*) che, trasferito sul piano dello *ius puniendi*, portò evidentemente ad una prevenzione penale illimitata, in quanto informata alla ontologica *inaequalitas* fra i detentori del potere ed i sudditi.

Pur nelle differenti premesse e nella eterogeneità delle argomentazioni, sia per Carpzov che per Pufendorf, in forza dello “*ius dominationis, cui omnia*

illuminista, viene privata della necessaria separazione dalla sfera etica e morale.

²⁴⁰ Così PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, cit., lib.VIII, cap.III, par. IX.

²⁴¹ Sul punto vedi FIORILLO, *Delitto e peccato nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, cit., 4 ss.

²⁴² Sul punto vedi FIORILLO, *op.ult.cit.*, 10 nota 27.

²⁴³ Sul punto vedi FIORILLO, *op.cit.*, 10 e 11.

cedunt iura”, il suddito cede i suoi diritti nelle mani del *Princeps* il quale ne dispone a suo piacimento, garantendo in cambio, ma sempre in via del tutto unilaterale e quale graziosa concessione, la *pax publica*.

Il giusnaturalismo laico di Pufendorf, pur distante dal giusnaturalismo teocratico di Carpzov, vede la pace e la tranquillità sociale come un’appendice del potere monarchico, una prerogativa del *Princeps* da esercitare a suo uso e consumo, senza alcun obbligo verso il popolo: lo *ius imperium* plasma in tal senso la struttura potestativa di uno *ius puniendi* informato all’obbedienza.

Pufendorf, al pari di Hobbes, lega il “*summum imperium*” allo *ius puniendi* come “prima necessaria condizione di efficacia della sovranità e perciò dell’ordine sociale”²⁴⁴ che in Hobbes sarà essenzialmente sicurezza sociale.

Se l’*aequalitas libertatis* che avrebbe dovuto supportare il contratto sociale per garantire l’effettività della tutela della *communitas*, venne considerata dallo stesso Pufendorf come arbitrio che “mina le relazioni tra gli uomini, privandole di sicurezza e regolarità”²⁴⁵, l’*imperium* e dunque la *inaequalitas* sono tuttavia difficilmente armonizzabili con l’interesse generale sotteso al concetto della “*communis securitatis et salutis*”²⁴⁶:

Si comprende dunque che il patto sociale stretto fra il *Princeps* ed i sudditi anche nell’accezione del giusnaturalismo laico non rivestì “quella funzione emancipativa, di prestazione *dal basso* del consenso politico”, servendo anzi paradossalmente a “fondare razionalmente l’origine di un potere sovrano persino illimitato” che derivava direttamente dalla *libertas naturalis* dei sudditi di disporre dei propri diritti, anche privandosene²⁴⁷: in altri termini la determinazione dell’anticipazione della soglia della lesione legittimante l’azione penale, spetta al titolare dell’*Imperium*.

In quest’ottica, la *praecautio laesionum* pufendorfiana non identificò affatto una prevenzione penale funzionale alla tutela dei diritti, ma un presidio penale che garantì l’obbedienza a fronte di una ontologica disuguaglianza funzionale alla *subiectio*²⁴⁸.

In Pufendorf dunque, la restrizione della pena all’offesa empirica e la sua limitazione ai casi di utilità sociale restano delle dichiarazioni di principio, astratte, stante l’inattuabilità in concreto dell’uguaglianza e della libertà dei

²⁴⁴ Vedi FIORILLO, “*Salus populi suprema lex esto*”, cit., 142.

²⁴⁵ Così FIORILLO, *L’altro*, “*ut aequae homo*”, cit., 130.

²⁴⁶ Così PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, cit., lib.VII, cap.III, par. VIII, 134.

²⁴⁷ Così LIMONE, *Fra Grozio e Vico. Il problema del “diritto naturale” come teoresi rigorosa*, in *Il diritto naturale della socialità. Tradizioni antiche ed antropologia moderna nel XVII secolo*, cit, 70.

²⁴⁸ Pufendorf ammise e legittimò in altri termini la condizione di *subiectus*. Sul punto vedi FIORILLO, *L’altro*, “*ut aequae homo*”: eguaglianza e “*dignitas individui*” nell’*antropologia politica* di Samuel Pufendorf, cit., 130 ss.

sudditi²⁴⁹; la costruzione di categorie ideali non replicabili nella realtà politico e sociale seicentesca è come abbiamo visto, il limite dell'utilitarismo contrattualista di derivazione giusnaturalista, che pur smarcandosi dalla connotazione teocratica del diritto penale, ripercorre l'idea di una *iniuria* piegata alle esigenze dell'*Imperium*, dunque costruita per assecondare una funzione della pena orientata in senso potestativo.

10. Utilitarismo e contrattualismo fra giusnaturalismo laico e giuspositivismo illuminista: il “paradosso hobbesiano”

Il giusnaturalismo pre-illuminista del XVII secolo rappresentò dunque l'alba di un processo storico *in itinere* che non modificò gli assetti politico-istituzionali preesistenti, né incise in concreto sull'impianto ed il funzionamento del penale potestativo, nella misura in cui – ad onta delle dichiarazioni di principio – riuscì a depurare la struttura dell'*iniuria* penale soltanto dai motivi etici-religiosi, senza intaccarne le componenti egemoniche derivanti dalle pratiche interpretative di un apparato giurisdizionale al servizio del potere precostituito.

Visto nell'alveo del positivismo illuminista, i limiti del progetto riformatore giusnaturalista sono in quello che Bobbio definisce il “paradosso hobbesiano”²⁵⁰ ovvero il tentativo – comune, per certi versi a tutto il pensiero del giusnaturalismo laico seicentesco, – di giungere “alla costruzione di una solida concezione positiva dello stato” ed a una architettura positivista del diritto penale, “partendo dalla legge naturale”²⁵¹. Eppure dietro l'apparente fallimento del progetto di rinnovamento politico e giuridico del giusnaturalismo laico, si nasconde il suo successo: il positivismo giuridico nasce come risposta alle istanze avanzate dai grandi pensatori giusnaturalisti del seicento, alla costante ricerca di un principio assiologico o normativo fondante, esterno alle istituzioni vigenti.

Pur incentrato sull'adozione formalistica di principi e di norme di monopolio statale, l'utilitarismo illuminista di marca giuspositivistica si caratterizzò al pari delle teorie politiche del giusnaturalismo contrattualistico, quale dottrina tesa ad individuare la *ratio essendi* del nascente stato moderno nella sua giustificazione esterna.

L'utilitarismo giuspositivista illuminista pose tuttavia precisi principi giuridici

²⁴⁹ *Ibid.*, 130 e 131.

²⁵⁰ Sul punto vedi BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, 81 ss., 345 ss.116; *Id.*, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, (1954), in *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Napoli, 1965, 11 ss.

²⁵¹ Cfr. FERRAJOLI, *op. cit.*, 211-212.

limitativi della potestà punitiva dello Stato, giungendo da un lato - attraverso il principio di legalità - alla certezza dei reati e delle pene, dall'altro - attraverso il principio di utilità sociale - all'esclusione dei reati e delle pene socialmente inutili, irragionevoli ed illiberali²⁵².

Alla dimensione estensiva ed ampliativa del potere coercitivo statale insita nella garanzia di sicurezza giusnaturalista, ed in particolare nello Stato-tiranno securitario hobbesiano, i giuristi illuministi opporranno dunque una funzione delimitativa e restrittiva dello *ius puniendi*, che si può sintetizzare nella certezza del diritto, demandata al suo carattere formale, ed alla tutela della libertà individuale, intesa come garantismo penale: nella prospettiva liberale, i caratteri accentuatamente coercitivi e preventivi de "la sicurezza dei diritti" vanno quindi mitigati e riferiti " ai diritti come *Abwehrrechte*, libertà da coercizione statale"²⁵³

Il principio di "utilità sociale" illuminista rielabora ed arricchisce in tal senso i motivi di fondo dell'utilitarismo e del contrattualismo giusnaturalista di Grozio, Pufendorf, Hobbes e Thomasius, giungendo a maturazione con la dottrina contrattualistica di Montesquieu e Beccaria²⁵⁴ che sarà attuata attraverso un coerente sistema giuspositivista.

Messi di fronte alle costruzioni perfette, quanto astratte dei giusnaturalisti²⁵⁵, i

²⁵² Il rapporto costante che ancorò il pensiero illuministico all'utilitarismo si spiega con il fatto che il nuovo stato che veniva formandosi nella crisi dell'*Ancien régime* imponeva una rifondazione complessiva dell'ordinamento penale; alla ricostituzione del diritto penale sostanziale, processuale, dell'amministrazione della giustizia e del regime dell'esecuzione, si aggiungeva la costruzione di un articolato sistema di pesi e contrappesi che garantisse libertà ed autonomia dei poteri e rapporti bilanciati fra il potere politico, legislativo e giudiziale. L'ampiezza di un siffatto progetto riformatore fa comprendere il suo radicalismo e la profondità delle sue implicazioni politiche e sociali: ecco che in esso ebbe "rilievo preminente l'individuazione - da un lato- dello scopo del diritto penale", la "definizione-dall'altro- dei suoi rapporti con la società". Sul punto vedi FERRAJOLI, *op. cit.*, 210 ss.

²⁵³ Così PULITANO, *Problemi della sicurezza e diritto penale, Relazione al Convegno "Sicurezza e Diritto Penale"*, cit., 4.

²⁵⁴ La dottrina maggioritaria fa coincidere la nascita del diritto penale moderno con l'opera di Beccaria *Dei delitti e delle pene* (1764), dal momento che molti dei principi in essa affermati, rompendo con la tradizione dell'*Ancien régime*, sono ancora oggi alla base dei diritti di libertà e delle garanzie dei moderni stati di diritto. Così il principio di legalità, il principio di certezza del diritto, l'irretroattività della legge penale, il divieto d'interpretazione analogica, il principio di proporzionalità fra (entità della) pena e (gravità) del danno sociale, la personalità della responsabilità penale. Sulla linea di continuità che lega la legislazione italiana all'opera di Beccaria vedi GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, 2° ed., Milano, 1952, 66; PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente* (1764-1890) in *Enciclopedia del diritto penale*, II, Milano, 1906, 558 ss.; Per una visione globale dell'evoluzione del diritto penale italiano vedi PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, V, *Storia del diritto penale*, Torino, 1892, 1 ss.; SPIRITO, *Storia del diritto italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Firenze, 1974, 72

²⁵⁵ L'opera giusnaturalistica, tesa a svincolare il diritto penale dalla morale teologica, mirò essenzialmente a superare la concezione che identificava la pena con l'idea di espiazione e di castigo morale e di

giuristi illuministi dopo aver cristallizzato i contenuti dottrinari di giuristi e filosofi del diritto in leggi scritte, compresero la necessità di fondare il problema teleologico del diritto penale su basi sociali: all'idealismo privo di un substrato formale del contrattualismo giusnaturalistico, gli illuministi opposero un meditato approfondimento delle questioni giuridiche che sfociò in un giuspositivismo rigoroso, funzionale a supportare un disegno politico ampio e comprensivo.

Ciò garantì all'elaborazione dottrinale illuminista una visione giuridica d'insieme che, se in apparenza si limitava ad offrire un valido ed articolato supporto teorico alla soluzione di problemi concreti, si poneva in realtà il ben più ambizioso obiettivo di smuovere gli equilibri socio-politici ed il rapporto fra i poteri dello Stato²⁵⁶.

Se il diritto positivo si afferma come unica e valida legge esistente, "la separazione meta scientifica tra punto di vista interno e punto di vista esterno alle istituzioni giuridiche e l'onere della giustificazione imposto dall'utilitarismo", garantirono quella prospettiva assiologia esterna in grado di supportare "un atteggiamento politico riformatore nei riguardi del diritto positivo vigente": ciò consentì al riformismo illuminista di conciliare il formalismo di una "scienza penale giuspositivistica fondata sul principio di legalità", alla valenza liberale delle dottrine utilitaristiche dei "diritti naturali"²⁵⁷.

Rielaborata dai giuristi illuministi, l'impronta giusnaturalistica relativizzerà così il carattere statico, assoluto ed imm modificabile della legge di natura per acquisire il formalismo e la certezza della norma d'origine statale che fonda tuttavia il suo baricentro sul diritto ontologicamente "giusto", assiologicamente superiore a quello positivo: di modo che il diritto positivo genera benessere e merita obbedienza se, e soltanto se, è conforme al diritto naturale. In caso contrario la prospettiva assiologia esterna consente la riformulazione di norme,

depurare quest'ultima dai contenuti dell'intimidazione, della vendetta e della retribuzione che riducevano l'uso dello strumento punitivo ad una funzione meramente soddisfattoria. Nel tentativo di portare a termine l'opera di laicizzazione del diritto- funzionale a separare il peccato dal delitto ed a svuotare il concetto di pena dall'idea di castigo- il pensiero giusnaturalistico, che fortemente influenzò le teorie dei giuristi illuministi del XVIII secolo, cadeva nell'equivoco di costruire un sistema giuridico "idealizzato", un diritto naturale indipendente e scisso dal diritto positivo: in tal senso, la concezione giusnaturalista della pena evidenziava i limiti di una teorizzazione non radicata sugli interessi di una società o di uno Stato storicamente determinato quanto sulle caratteristiche di un'entità sociale ideale e trascendente. Ciò è ben evidenziato da chi sottolinea che "i giusnaturalisti, nella misura in cui accarezzavano l'ideale di una legislazione perfetta, dovevano necessariamente svincolarsi dalla vicenda storica concreta". Sul punto vedi PALOMBI, *Mario Pagano e la scienza penalistica del secolo XIX*, Napoli, 1989, 36.

²⁵⁶ Al riguardo vedi SOLARI, *Kant e la dottrina penale della retribuzione*, cit., 33; CATTANEO, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, cit., 21 ss.

²⁵⁷ Sul punto FERRAJOLI, *op.cit.*, cit., 210 ss.

ritenute inadeguate e non funzionali al benessere dei cittadini.

I giuristi illuministi ripresero pertanto l'impostazione giusnaturalistica che individuava "nel diritto naturale i fondamenti dello stato e i suoi principi di giustificazione esterna", pur raccordandosi al canone giuspositivistico nella misura in cui i "fondamenti esterni, a cominciare dal principio convenzionalistico di legalità", servirono "a fondare, oltre che a modellare e a limitare, il diritto statale positivo come il solo diritto vigente"²⁵⁸.

11. Introduzione agli indirizzi teleologici ed alle fondamenta dommatico-garantiste dell'offesa nel diritto penale illuminista: diritto di cittadinanza e fondamento assiologico esterno dello *ius puniendi*. Alle origini della materialità e dell'offensività dello Stato di diritto

Separando *ius puniendi* e morale teologica, *iniuria* etico-morale ed offesa empirico-materiale, il pensiero giuridico illuministico purificò le istanze preventive penali dalle ascendenze del diritto naturale medioevale e del giusnaturalismo cristiano, orientandole verso esigenze di difesa sociale secolarizzate.

Circoscritto l'intervento penale alle esigenze di utilità sociale, l'anticipazione delle soglie di punibilità fu perimetrata dalla necessità di prevenire la commissione di futuri delitti e di tutelare in maniera rafforzata diritti e principi fondamentali²⁵⁹.

Le categorie della *inobedientia* e della *rebellio*, simboli nell'*Ancien régime* di una funzione potestativa della pena²⁶⁰ piegata all'utilitarismo *ex parte principis*²⁶¹, confluirono nell'evento di danno-lesione e nella *precautio laesionum*²⁶². Quest'ultimo concetto, che nell'esperienza pufendorfiana aveva mantenuto un alto tasso di ambiguità, venne precisato dal principio di utilità sociale che trovò per la prima volta un appiglio normativo nella *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 che fondò e legittimò i diritti soggettivi dei

²⁵⁸ *Ibid.*, 211- 212.

²⁵⁹ La pena in tal senso si allontana da istanze di pura retribuzione per assumere funzioni di prevenzione generale. Sul punto vedi fra gli altri PALOMBI, *Introduzione a Genesi del Diritto Penale di Romagnosi*, Milano, 2003, VII.

²⁶⁰ Vedi sul SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 134 ss.

²⁶¹ L'utilitarismo *ex parte principis* veicola lo *ius puniendi* nel campo "dell'utilità dei governanti" ovvero verso "l'utilità dello stato inteso come soggetto politico autonomo e sopraordinato alla società", enunciando il "primato della politica sul diritto" sulla scorta dello scopo totalizzante della *protectio regni* o della ragion di stato, seppur ammantata "con le vesti edificanti del legalismo o dello statalismo etico". Così FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 247 ss.

²⁶² La definizione è di PUFENDORF, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem, libri duo*, cit., par.4,2, 426.

governati, iscrivendo i diritti della cittadinanza nell'ordine giuridico-politico dello Stato-nazione²⁶³.

Fu il diritto di cittadinanza, dato dallo *ius soli* e dallo *ius sanguinis*²⁶⁴, a sancire in via formale “il passaggio dalla sovranità regale di origine divina alla sovranità nazionale”²⁶⁵.

Liberati dalla precedente condizione di sudditi²⁶⁶, i cittadini diedero vita ad un rapporto con lo Stato in cui i doveri e gli obblighi furono bilanciati in termini di reciprocità dai diritti: la formalizzazione del carattere bilaterale delle pretese e dei diritti stato/cittadini, portò il giusnaturalismo liberale e laico a definitiva maturazione e ad effettiva realizzazione in senso contrattualistico²⁶⁷.

La titolarità di pretese del cittadino nei confronti dello Stato rappresentò la pietra angolare della concezione contrattualistica che darà pratica attuazione all'utilitarismo penale nella misura in cui - una volta riconosciuti i diritti fondamentali del corpo sociale - la sovranità pubblica non potrà più rappresentare l'esercizio di un potere fine a se stesso, aprioristicamente ed acriticamente accettato dalla collettività²⁶⁸.

Lo Stato avrà legittimazione sociale a patto di garantire i diritti del cittadino: il ricorso al penale assumerà dunque criteri di necessità e di economicità sociale che incanaleranno la pena nella funzione di garantire la pace comunitaria e di perseguire utilità future; prevenzione rispetto alla generalità dei consociati

²⁶³ Sulla rilevanza dell'art. 4 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* cfr. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari, 2007, II, 309 ss., 313.

²⁶⁴ *Ius soli* e *ius sanguinis* ovvero la “nascita in un certo territorio” e la “nascita da genitori cittadini” sono i criteri giuridici tradizionali che già dal diritto romano definiscono la cittadinanza. Il rapporto fra l’“innocua origine giuridica” del diritto alla cittadinanza, la sua ideologizzazione nei “movimenti in senso proprio biopolitici” del XIX secolo e la sua aberrazione nel “sintagma *Blut und Boden*”, essenza dell'ideologia nazionalsocialista nascita vengono compiutamente affrontati in AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., 141 ss.

²⁶⁵ *Ibid.*, 141

²⁶⁶ *Ibid.*, 139 ss.

²⁶⁷ La cittadinanza, a differenza della sudditanza, “non identifica semplicemente una generica soggezione all'autorità regale o a un determinato sistema di leggi”, poiché si registra l’“immediata coincidenza della dichiarazione dei diritti nativi, inalienabili ed imprescrittibili” ed “i diritti dell'uomo in generale”. Così AGAMBEN, *op.cit.*, 141 ss. Ciò lascia comprendere come il diritto alla cittadinanza fondò la titolarità individuale di diritti fondamentali che, presidiati dal sistema di valori laici e garantistici della nuova scienza penale giuspositivistica, limiteranno e perimetreranno la sovranità dello Stato.

²⁶⁸ Categorie che nel vecchio regime non avevano fondamento giuridico concreto, né “un significato politico essenziale, perché esprimevano solo un rapporto di sudditanza, acquistano, con la rivoluzione francese una nuova e decisiva importanza”. Lo *status* di cittadino, privo di rilievo politico e giuridico nell’*Ancien régime*, “entra ora in primo piano nella struttura dello stato e diventa anzi il fondamento terreno della sua legittimità e della sua sovranità”. Si sottolinea, a riguardo, che “le dichiarazioni dei diritti” non devono esser viste “come proclamazioni gratuite di valori eterni metagiuridici..., per considerarle secondo quella che è la loro funzione storica nella formazione del moderno Stato-nazione”. Vedi AGAMBEN, *op.cit.*, 139 ss.

piuttosto che semplice *emendatio* del reo²⁶⁹.

Lo *ius puniendi* esercitato nei confronti di un corpo sociale munito di diritti e di garanzie, non sarà più *ius imperium*, diritto assoluto e potere esclusivo del sovrano e dei suoi giudici: la separazione dei poteri - distinguendo il potere legislativo dal potere giudiziario, - disarticolerà l'impianto monista dello *ius puniendi* monarchico-imperiale, disegnando limiti e contrappesi istituzionali idonei a controllarne l'esercizio ed a limitarne l'uso arbitrario.

Il reato esprimerà un disvalore sociale, tipizzato da una norma penale che si farà vettore della tutela di principi e valori condivisi da governanti e governati: il potere giudiziario non sarà più un apparato al servizio del monarca, nella misura in cui risulterà vincolato anzitutto alla legge penale.

All'offesa, munita di un disvalore empirico socialmente apprezzabile, si raccorderanno pene socialmente utili, il cui carattere (eventualmente) preventivo andrà parametrato sulle utilità future della cittadinanza e dunque sui "costi individuali e sociali rappresentati" dal reato²⁷⁰.

Ciò significa che la pena andrà comminata in ragione degli effetti lesivi per i terzi piuttosto che per la (presunta) riprovevolezza (morale e/o etica) dell'azione.

Il raccordo *poena-utilitas (ex parte populi)* si contrapporrà all'idea della *poena-potestas* ovvero della *poena sine utilitate*, propria del penale pre-moderno e dell'*Ancien régime*, cristallizzato in un utilitarismo *ex parte principis*²⁷¹: la *iniuria* non potrà più consistere in una offesa etica ed immateriale, né tanto meno in una *culpa sine actu*.

La traduzione giuridica di queste posizioni ideologiche, supportata in via dommatica dall'accoglimento del principio di materialità dell'azione, consentì alla codificazione francese del 1791, di abbracciare l'ideale oggettivistico del reato, restringendo al massimo lo spazio dell'elemento soggettivo²⁷².

²⁶⁹ Abbiamo già osservato che fu il giusnaturalismo laico del XVII secolo, ad affiancò all'*emendatio* la *assecuratio* proiettando la pena in una dimensione utilitaristica e sociale. Vedi THOMASIIUS, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, cit., cap.VII, par. 28, 413 ss.; SOLARI, *Kant e la dottrina penale della retribuzione*, in *Riv. di filosofia*, 1929, 33 ss.

²⁷⁰ Così FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 466.

²⁷¹ L'utilitarismo *ex parte principis* richiama storicamente la componente utilitaristica dello *ius puniendi*: utilitarismo autoritario ed autoreferenziale, scevro da un substrato contrattualista, ovvero sprovvisto (del requisito) della reciprocità fra diritti ed obblighi, pretese statali e garanzie individuali. Si tratta di un "utilitarismo di matrice autoritaria solidale con i modelli di diritto penale massimo". Così FERRAJOLI, *op.cit.*, 247 ss.

²⁷² Dimensione empirico-fattuale dell'offesa ben rappresentata dalle parole di Beccaria: "l'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione, e però errarono coloro che cedettero vera misura dei delitti l'intenzione di chi li commette" Sul punto vedi BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, p.23. In maniera analoga FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, lib.III, p. II, cap.XLIII, (rist.), Milano, 1855,

Reato e sanzione penale, quali emanazione del potere pubblico, al pari dello Stato perderanno ogni legittimazione aprioristica, giustificandosi da un punto di vista assiologico esterno attraverso il principio di “utilità sociale”²⁷³ che si declinerà in diversi corollari.

Anzitutto “la necessaria offensività dell’evento del reato”, la “condizione di qualunque giustificazione utilitaristica del diritto penale quale strumento di tutela e quindi suo principale limite assiologico esterno”²⁷⁴.

In secondo luogo, il “principio assiologico della separazione del diritto dalla morale” che preclude la proibizione di comportamenti solamente immorali, degli stati d’animo malvagi, ostili o magari pericolosi”²⁷⁵.

“La connotazione utilitaristica della necessità penale”, in forza della laicizzazione del diritto, diventa esclusivamente indirizzata a tutelare “beni fondamentali non altrimenti garantibili”²⁷⁶.

Lo Stato nascente diventa pertanto un “sistema politico sottoposto a regole, limiti e controlli”²⁷⁷, al cui interno lo *ius puniendi* rappresenta un potere vincolato alla legge “finalizzato non a valori ultraterreni o ultrastorici, bensì alla tutela della vita e degli altri diritti fondamentali dei cittadini”²⁷⁸.

L’idea contrattualistica dello Stato richiamerà in tal senso la *ratio essendi* della pena liberal-garantista, “arma a doppio taglio”²⁷⁹ che - in cambio della limitazione della libertà - garantisce la pacifica convivenza attraverso la salvaguardia dei diritti individuali e collettivi²⁸⁰.

L’illuminismo giuridico rese dunque l’offesa penale compatibile con i principi liberali e le garanzie del futuro Stato di diritto²⁸¹, raccordando le soglie legittime di anticipazione della tutela penale alle esigenze mondane della *communi-*

726

²⁷³ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 212 ss.

²⁷⁴ *Ibid.*, 468.

²⁷⁵ *Ibid.*, 466.

²⁷⁶ *Ibid.*, 467.

²⁷⁷ *Ibid.*, 210.

²⁷⁸ *Ibid.*, 212 e 213.

²⁷⁹ Così LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1883), in trad.it., *La teoria dello scopo in diritto penale*, Milano, 1962, 46.

²⁸⁰ Per un inquadramento del modello penale garantista vedi FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 5 ss.

²⁸¹ Il sistema penale liberal-garantista del moderno Stato di diritto “è giustificato soltanto se la somma delle violenze –delitti, vendette e punizioni arbitrarie – che esso è in grado di prevenire è superiore a quella delle violenze costituite dai delitti non prevenuti e dalle pene per essi comminate”. Così si esprime opportunamente FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 330. Appare in tal senso condivisibile la posizione dell’autorevole dottrina che sostiene “che solo affrancando il punire dall’idea di un’inflizione legittima della sofferenza, possa darsi una rivalutazione *sostanziale* delle garanzie individuali dinanzi alla potestà punitiva”. Così EUSEBI, *Oltre la prospettiva del diritto penale «minimo»*, in *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 185 ss.

tas, riconducibili alla *utilitas* piuttosto che ai principi etici e metafisici della *veritas*²⁸².

L'offesa che nella prospettiva della *poena-potestas* rappresentava una mera *occasio*, ovvero un pretesto per esercitare e manifestare la forza insita nello *ius puniendi*, nella sua proiezione utilitaristica si qualificherà anzitutto in rapporto allo scopo ed all'oggetto della pena: oggetto che sarà meritevole di tutela penale nella misura in cui "il valore ad esso associato risulterà maggiore di quello riferito ai beni sottratti dalle pene"²⁸³ e almeno equivalente a quello che lo Stato va a sacrificare in capo al reo.

"In una prospettiva utilitaristica, la questione del bene giuridico offeso dai reati non è altra cosa da quello dello scopo del diritto penale: è cioè la sostanza stessa del problema della giustificazione del diritto penale, considerata non più dal lato dei costi delle pene ma da quello dei benefici cui esse sono finalizzate"²⁸⁴.

Resta il problema che "parole come offesa, danno e bene giuridico sono apertamente valutative" e dunque la messa a punto della tutela attraverso il "mezzo estremo delle pene" passa necessariamente per un giudizio di valore, che il principio di stretta legalità, rimette al potere legislativo²⁸⁵.

Giudizio di valore che, all'interno dell'area della prevenzione penale, acquista tratti di discrezionalità non sempre verificabili, dal momento che il reato di pericolo soffre maggiormente del reato di danno, problematiche connesse all'accentuazione del disvalore di condotta, evanescente caratterizzazione dell'evento²⁸⁶, carenza di offensività esteriorizzata e visibile, confusione fra diritto e morale.²⁸⁷

²⁸² FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 245 ss., 368 ss., 469 ss.

²⁸³ *Ibid.*, 469.

²⁸⁴ *Ibid.*, 469.

²⁸⁵ *Ibid.*, 468 ss.

²⁸⁶ Sul punto vedi per tutti ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Sassari, 1981, 25 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 107 ss.; FORZATI, *Dal pericolo concreto al rischio tecnologico fra asimmetrie ontologiche e nuovi modelli preventivi*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, a cura di Castaldo, De Francesco, Del Tufo, Manacorda, Monaco, Napoli, 2013, 613 ss.; MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 1 ss., 36 ss., 134 ss.; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 252 nota 169, 252 ss. PATALANO, *Significato e limiti della dogmatica del reato di pericolo*, cit., 42 ss.

²⁸⁷ L'idea del pericolo inteso come evento, che risolve parte di questi problemi, si fa risalire a Liszt. Cfr. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin-Leipzig, 1932, 129. Sul punto cfr. ANTONLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, 88; VOLZ, *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte*, Göttingen, 1968, 10 e 12. *Contra* ANGIONI, *op. cit.*, 8 ss. Scelta condivisibile sul piano politico-criminale, allorché "la pericolosità come attributo della sola condotta non rispecchia appieno il disvalore sociale delle fattispecie di pericolo concreto". Così BREHMS, *Zur Dogmatik des abstrakten*

12. Brevi cenni conclusivi

Per quanto la tutela dei diritti del cittadino sia attualmente formalizzata in principi costituzionali ispirati al contrattualismo di matrice illuminista²⁸⁸, e l'ordinamento penale occidentale conservi una impostazione liberalgarantista, il tema di una pena limitata ad un'offesa munita di un disvalore sociale effettivo e significativo, presenta costanti motivi d'attualità. Basti pensare che ancora oggi il diritto penale²⁸⁹ si fa portatore di istanze etico-morali²⁹⁰ ed il funzionamento della giustizia penale resta tuttora condizionato da esigenze potestative (dello Stato e del suo apparato burocratico, amministrativo e giurisdizionale, ma anche di organismi sovranazionali e relative organizzazioni)²⁹¹.

Se la costruzione di una pena utile e ragionevole – distante cioè dall'esercizio arbitrario del potere (contenuto nello *ius puniendi*)²⁹² – è correlata ad un modello di Stato ed a un sistema penale (sostanziale e processuale) formalizzato in principi e strumenti garantisti²⁹³, l'attuale momento storico segnala lo sgreto-

Gefährdungsdelikts, Tübingen, 1973, 15 ss. Posizione rivista da DEMUTH, *Der normative Gefährbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte*, Bochum, 1980, 35 ss.

²⁸⁸ Per uno sguardo d'insieme sul punto vedi FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 5 ss., 210 ss., 245 ss., 368 ss., 469 ss.

²⁸⁹ Va considerata al riguardo la “confusione post-illuministica fra diritto e morale” che, permeando la cultura giuridica ottocentesca, contaminerà tutto il penale della prima metà del novecento. Sul punto vedi per tutti FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 210 ss., 213 ss.

²⁹⁰ Sulla persistente confusione fra etica, morale e diritto penale vedi fra gli altri CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit., 8 ss.; CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in *www.i-lex.it*, 2013, 421ss.; CANESTRARI-FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, cit., 180 ss.; DOLCINI, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale*, cit., 1017 ss.; DONINI, *“Danno” e “offesa” nella cd. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici a margine della categoria dell’ “offense” di Joel Feinberg*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*, cit., 41 ss.; EUSEBI, *Cristianesimo e retribuzione penale*, cit., 275 ss.; FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in *Laicità, valori e diritto penale*, cit., 207 ss.; ID., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit., 165 ss.; MANTOVANI, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, cit., 519 ss.; MOCCIA, *Bioetica o “biodiritto”?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 863 ss. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale*, cit., 207 ss.; ID., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, cit., 477 ss.; PULITANO, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, 55 ss. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in *Laicità. Problemi e prospettive. Atti del XLVII corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica*, Milano, 1977, 316 ss.

²⁹¹ Modello potestativo che evoca l'intimo rapporto fra pena, violenza ed esercizio del potere. Sul punto cfr. EUSEBI, *Su violenza e diritto penale*, cit., 54 ss.

²⁹² Sul punto vedi EUSEBI, *Su violenza e diritto penale*, cit., 54 ss.

²⁹³ Emblematico, a tacer d'altro, il dibattito attuale sulle soglie legittime di anticipazione della punibilità, rivitalizzato dalla polivalente categoria del “rischio”, la cui variegata elaborazione dottrinale ha, in parte,

lamento dello Stato di diritto e il venir meno (nel nostro paese) delle garanzie formali connesse alla tenuta del principio di legalità²⁹⁴.

Si assiste peraltro alla frenetica costruzione di fattispecie penali, sulla scorta di logiche panpenalistiche che, ultronee ai parametri utilitaristici della necessità/effettività della sanzione penale²⁹⁵, riposizionano la pena nell'alveo di esigenze potestative, caricandola di significati etico-morali e di funzioni cautelativo-securitarie²⁹⁶.

sostituito, in parte arricchito, a volte, soltanto replicato gli ambiti applicativi del pericolo, prospettando modelli preventivi sempre più spinti, auspicabili sul piano dell'efficienza più che delle garanzie. Sulla "società del rischio" cfr. per tutti BECK, *Risikogesellschaft- Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986, *passim*. Sul rapporto fra diritto penale, rischio e tecnologia vedi, fra tutti, CONSOLO, *Il rischio da "ignoto tecnologico": un campo arduo per la tutela cautelare (seppur solo) inhibitoria*, in *Il rischio da ignoto tecnologico*, 2002, Milano, 2002, 65; HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, 2004, 357 ss.; MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 55 ss.; PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 425 ss.; 606 ss.; PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 1474 ss.; PRITWITZ, *Strafrecht und Risiko-Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1993, 12 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, 15 ss.

²⁹⁴ L'idea di un sistema penale unitario, improntato a principi formali e garantisti ha resistito fino al secolo scorso, almeno nel retaggio culturale della dottrina. Nell'ultimo ventennio si è manifestato uno sconvolgimento del precedente modello che ha fatto vacillare pietre angolari e punti fermi della scienza penalistica, inaugurando una stagione, più incline al dubbio che alle certezze. Cfr. per tutti, ALBERICHT, *Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat-Entwicklungstendenzen des materiellen Strefrechts*, in *KritV*, 1988, p.182 ss.; ID., *Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts*, in *KritV*, 1993, 180ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 107 ss.; ID., *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 871ss., 910 ss.; HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992,p.378ss.; MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv.it.proc.pen.*, 2002, 1040 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995, 9 ss, 39 ss., 123 ss.; NAUCKE, *Schwerpunktverlängerung im Strafrecht*, in *Krit V*, 1993, 135 ss.; PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv.it.proc.pen.*, 1994, 1220 ss.; ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv.it.proc.pen.*, 2000, 3 ss.

²⁹⁵ La panpenalizzazione conduce ad interventi penali destinati alla caoticità normativa ed all' ineffettività della pena. Si tratta di un modello simbolico ma anche potestativo, in contrasto con l'utilitarismo penale ma anche con la legittimazione contrattualistica e democratica dello *ius puniendi* che deve, se non conseguire, almeno tendere alla effettiva utilità della minaccia/tutela penale. Sul punto vedi la esaustiva analisi di PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.

²⁹⁶ Assume rilievo al riguardo la progressiva acquisizione all'interno dello strumentario penale delle logiche e dei modelli propri del precauzionismo. Sul punto vedi fra gli altri CONSORTE, *Spunti di riflessione sul principio di precauzione e sugli obblighi di tutela penale*, in *Dir.pen. XXI sec.*, 2007, p.269 ss.; FORTI, *Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 186 ss.; ID., *La "luce chiara della verità" e l'"ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, 2007, 573 ss.; GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 228 ss.; MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?*, in

L'abnorme ampliamento dello spazio e della capacità intrusiva della giustizia penale si giova così di un articolato e capillare sistema penale, fornito di pervasivi sottosistemi che correlano lo *ius puniendi* a moduli sanzionatori composti, intersecati ad una miriade di obblighi burocratici, amministrativi e fiscali²⁹⁷.

Sistema giuridico spurio che, pur provvisto delle componenti afflittive della sanzione penale, ne dismette i meccanismi compensativi e le barriere formali, consentendo l'adozione di sanzioni e misure cautelari (personali e reali) di stampo accentuatamente preventivo, che incidono sia sulla libertà personale che sul piano patrimoniale, in assenza di un previo processo e delle correlate garanzie²⁹⁸.

Veicolato da un'offesa costruita su parametri tecnico-burocratici e da un'azione penale gestita dalla magistratura secondo criteri discrezionali, un siffatto modello di giustizia penale, lungi dal garantire una più efficace tutela dei diritti fondamentali del corpo sociale²⁹⁹, pare porsi come fattore di incertezza e di insicurezza sociale.

Un "fattore di arbitrio che grava come una pesante ipoteca sulle libertà dei cittadini, tenuti in ostaggio dal pericolo costante dell'incriminazione"³⁰⁰, attesa ormai come inevitabile da tutti i soggetti muniti di un qualche ruolo o di una qualche responsabilità.

www.penalecontemporaneo.it, 2011, *passim*; PIERGALLINI, *Il Paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza al tipo*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2005, spec. 1695 ss.; RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1743 ss.

²⁹⁷ Sui rapporti sempre più stretti che legano il diritto penale e la materia fiscale, sul raccordo fra sanzione penale e pene patrimoniali, nonché sul carattere anticipatorio delle soglie di punibilità relative vedi per tutti, ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, III, Milano 2006, 2103 ss.; FONDAROLI, *Splendori e miserie della confisca obbligatoria del profitto*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova 2008, 117 ss.; MAUGERI, *Relazione introduttiva. I modelli di sanzioni patrimoniali nel diritto comparato*, in *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano 2008, 13 ss.; MUCCIARELLI-PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

²⁹⁸ Emblematico esempio di un penale preventivo ispirato al modello delle misure di prevenzione è il Disegno di legge n. 2134-S, approvato in via definitiva dalla Camera il 27 settembre 2017 ("*Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*"). Sul punto vedi da ultimo FINOCCHIARO, *La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

²⁹⁹ Vedi PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 430 ss.

³⁰⁰ Cfr. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., 369.

Si ripropone dunque il tema di una giustizia penale utile all'apparato statale, piuttosto che ai suoi fruitori³⁰¹. Basti considerare la costante espansione delle autorità di vigilanza, di controllo e della moltiplicazione dei professionisti (e degli adempimenti burocratico-amministrativi) in materia di trasparenza, sicurezza e prevenzione³⁰²: un sistema composito che (declinato nei rassicuranti slogan della anticorruzione, dell'antimafia e della sicurezza ambientale, alimentare, lavorativa, dei mercati mobiliari e via discorrendo), ha sinora comportato l'attribuzione di crescenti ruoli e funzioni ad una burocrazia già elefantica³⁰³ e maggiori poteri ad una magistratura penale che, in Italia a partire da Tangentopoli, ha acquisito funzione salvifica e taumaturgica³⁰⁴.

³⁰¹ Le scelte politiche sono sempre meno motivate da un intento risolutore e sempre più improntate a parametri di opportunità e convenienza, del tutto indipendenti da un'analisi approfondita delle questioni sul tappeto, quanto riferite alla sfera della comunicazione dell'effimero (esigenze televisive, di sondaggi ecc.) Sarebbe peraltro interessante confrontarsi sul significato attuale del concetto di disvalore penale, stante la sua permeabilità alle contingenze economiche (piuttosto che a scopi di pubblica utilità), agli interessi delle lobby (più che alle esigenze democratiche), alle necessità massmediatiche (piuttosto che alle effettive ricadute sociali).

³⁰² Il tasso di complessità e di burocratizzazione degli enti pubblici di controllo della sicurezza cresce a dismisura, come il loro costo economico. Le 19 Regioni e le 2 Province Autonome demandano il rilascio delle autorizzazioni ed i relativi controlli a 197 Aziende Unità Sanitarie Locali (AUSL), che godono di autonomia nell'allocazione e nella gestione delle risorse (in sintesi, ognuno spende come crede). A tali strutture si aggiungono, per i controlli in materia di sicurezza sul lavoro, gli organismi decentrati (regionali e provinciali) dell'ispettorato del lavoro.

³⁰³ Basti pensare al Sistema delle Agenzie Ambientali (S.A.P.) costituito da 21 Agenzie Regionali (Arpa) e Provinciali (Appa). Nel 2008 è stato aggiunto un nuovo ente pubblico, l'Ispra (Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale) dotato di "autonomia finanziaria, gestionale e contabile" ed un nuovo organismo gestionale il Consiglio Federale che, a sua volta, ha costituito il Comitato Tecnico Permanente. Il Consiglio Federale dell'Ispra (presieduto dal Presidente dell'Ispra e composto dal Direttore Generale e dai legali rappresentanti delle ARPA-APPA) fa riferimento al "Sistema Nazionale di Protezione dell'Ambiente" ed al Comitato Tecnico Permanente cui sono affidate funzioni di istruttoria, sul piano tecnico-operativo, per la programmazione, l'attuazione e il controllo delle attività di Sistema delle Agenzie Ambientali da sottoporre a valutazione e approvazione del Consiglio federale. Vedi www.isprambiente.gov.it.

³⁰⁴ Le recenti trasformazioni del ruolo e della funzione della giustizia penale in Italia, andrebbero analizzate per valutare in che modo la espansione e la progressiva anticipazione delle soglie dell'intervento penale - unita alla costruzione di una giustizia penale etica - incidano sulla giustificazione contrattualistica dello *ius puniendi*. Occorrerebbe chiedersi se un modello penale pervasivo-invasivo nella vita politica, sociale ed economica sia compatibile con l'idea di una parificazione fra i (diritti dei) cittadini e (le prerogative del)lo Stato quali attori di un patto negoziale bilaterale, fondato su reciprocità di limitazioni, garanzie e tutele. In altri termini, andrebbe verificato se l'utilitarismo penale *ex parte populi* sia compatibile con un contratto Stato-cittadino sbilanciato verso lo Stato e tendente all'unilateralismo, nella misura in cui lo Stato pretende gli obblighi di cittadinanza e continua a limitare le libertà fondamentali dei cittadini, senza garantirne più incondizionatamente i diritti fondamentali. Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 247 ss.; ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., 5 ss., 160 ss., 368 ss. Sul punto sia consentito pure il rinvio a FORZATI, *Irrelevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, Ilva ed Emergenza Rifiuti in Campania. Lo stato d'eccezione oltre lo Stato di diritto*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, 4 ss,8

Si agita così nel nostro paese, nel terzo millennio, lo spettro di un *iudex-custos iusti* che, titolare di una funzione etica di ripristino dei (sani) principi morali della nazione, erge l'apparato penale ad entità sovraordinata e sacrale, deputata a controllare minuziosamente e commissariare i gangli del potere politico-amministrativo statale, ma anche ad orientare e modificare i costumi culturali ed i destini collettivi ed individuali della cittadinanza³⁰⁵.

ss,28 ss, 31 ss

³⁰⁵ Il penale omnivoro è “generato dalla tendenza ad accompagnare ogni legge con sanzioni penali, in parte per la inefficienza di altre forme di controllo politico ed amministrativo, in parte per il carattere simbolico e declamatorio della stigmatizzazione penale”, che diventa un arma di acquisizione del consenso a costo zero. Cfr. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., 367 ss.